Die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters,

insbesondere seine Rechte und Pflichten gegenüber den übrigen Gesellschaftern.

▽

Eine bürgerlich-rechtliche Studie

von

OTTO HAAS,

Gerichtsassessor aus Cöln.

▽

Der hohen juristischen Fakultät zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt.

Aachen.

Aachener Verlags- und Druckerei-Gesellschaft m. b. H.

1908.

Die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters,

insbesondere seine Rechte und Pflichten gegenüber den übrigen Gesellschaftern.

▽

Eine bürgerlich-rechtliche Studie

von

OTTO HAAS,

Gerichtsassessor aus Cöln.

▽

Der hohen juristischen Fakultät zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt.

Aachen.

Aachener Verlags- und Druckerei-Gesellschaft m. b. H.

1908.

Referent: Herr Professor Dr. v. Wendt.

Meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547017_0143

Inhalts-Uebersicht.

A. Einleitung. Begriff und Begrenzung der Geschäftsführung 1

B. Hauptteil. Die Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters 3

I. Umfang seiner Tätigkeit 3

II. Befugnis zur Geschäftsführung, insbesondere die Stellung der einzelnen Berechtigten zueinander 5

1. Die gesetzliche Regelung der Geschäftsführung 6
2. Die Uebertragung der Geschäftsführung 9

III. Die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber den übrigen Gesellschaftern 16

1. Anwendungsgebiet der in Betracht kommenden Vorschriften . 16
2. Recht und Pflicht zur Geschäftsführung 21
3. Uebertragungsverbot 24
4. Abweichung von Anweisungen 26
5. Orientierung der Gesellschafter 30
6. Herausgabepflicht 35
7. Zinspflicht 43
8. Sicherstellung des geschäftsführenden Gesellschafters für Aufwendungen 44
   a) Begriff der Aufwendung 44
   b) Vorschuß auf künftige Aufwendungen 49
   c) Ersatz für gehabte Aufwendungen 52
9. Vergütungsanspruch 52
10. Gerichtlicher Austrag von Streitigkeiten 54

IV. Beendigungsgründe der Geschäftsführung 57

1. Auflösung der Gesellschaft 57
2. Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung 60
3. Kündigung durch den geschäftsführenden Gesellschafter . . . 68

C. Schlusswort 73

Literaturverzeichnis 74

A. Einleitung.

Begriff und Begrenzung der Geschäftsführung.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist eine gesamthänderisch verbundene Mehrheit von Personen, die sich gegenseitig verpflichtet haben, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.[1]) Es liegt klar zu Tage, daß sich der jeweilige Zweck einer Gesellschaft nicht lediglich durch die Zahlung von Beiträgen erreichen läßt, vielmehr wird regelmäßig noch anderweite menschliche Tätigkeit hinzukommen müssen, um gerade unter Benutzung der Beiträge den Absichten der Gesellschafter gerecht zu werden. Diese Tätigkeit, die notwendig ist, um auf der durch den Gesellschaftsvertrag gegebenen Basis die Erreichung des Zweckes zu ermöglichen,[2]) bezeichnet das Gesetz als Geschäftsführung und hat in einer Reihe von Paragraphen[3]) hierüber genauere Vorschriften gegeben. Wie sich aus jenen Bestimmungen ergibt und auch von Theorie und Praxis allgemein anerkannt wird, betrifft die Geschäftsführung nur das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander; soweit Rechtsbeziehungen mit dritten Personen angeknüpft werden, geschieht dies kraft der den Gesellschaftern jeweilig zustehenden Vertretungsmacht. Zwar ist ein Gesellschafter, dem vertraglich die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten,[4]) doch geht aus dem Zusatz „im Zweifel“ klar hervor, daß die Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber nicht unbedingt mit der Geschäftsführung verbunden zu sein braucht. Es ist zuzugeben, daß zu einer gedeihlichen schnellen Abwicklung der Geschäfte eine Verbindung von Geschäftsführung und Vertretung regelmäßig am Platze sein wird, doch wird nichtsdestoweniger der begriffliche Unterschied der beiden Rechtsbefugnisse aufs schärfste bstont werden müssen. Dies hat man erst in neuerer Zeit klar erkannt und zum ersten Male in den Bestimmungen des a. H. G. B. zum Ausdruck gebracht. Bis dahin faßte man jede Art der gesellschaftlichen Tätigkeit unter dem allgemeinen Begriffe der Verwaltung zusammen, ohne zu unterscheiden, ob die Verwaltungshandlungen das Verhältnis der Gesellschafter untereinander oder zu dritten Personen berührten. Es bedarf keiner besonderen Ausführung, daß durch eine solche Vermengung zweier ganz verschiedener Rechtsbeziehungen vielfach unsichere und schwankende Rechtsauslegung Platz griff, und gerade diesen Teil des

[1]) §§ 705–719. B. G. B.
[2]) Knoke S. 55.
[3]) §§ 709–713 B. G. B.
[4]) § 714 B. G. B.

Gesellschaftsrechts zu einer viel umstrittenen Materie stempelte. Bei der seit Jahren geklärten Rechtslage erübrigt es sich, auf die einzelnen Streitfragen früherer Zeiten einzugehen,[1]) denn diese haben durch die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches ihre Erledigung gefunden. Hiernach stellen sich Geschäftsführung und Vertretung als die beiden Triebfedern des gesellschaftlichen Betriebes dar und gehen in dem allerdings vom Gesetze nicht gebrauchten Oberbegriffe der Verwaltung auf. Beides sind korrespondierende Begriffe, deren Betätigung in der Mehrzahl der Fälle zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unbedingt erforderlich sein dürfte. Jedenfalls wird kaum eine Gesellschaftsform denkbar sein, die nicht eine Geschäftsführung irgendwelcher Art bedingte, während es allerdings nicht ausgeschlossen erscheint, daß eine gesellschaftliche Vereinigung bestehen kann, die in keine Beziehungen zu dritten Personen tritt, so daß also auch eine Vertretung der Gesellschafter durch einen Mitgesellschafter nicht in Frage kommen kann. Immerhin werden derartige Gesellschaften zu den verschwindenden Ausnahmen gehören.

Jede in den Rahmen der Geschäftsführung fallende Handlung, aber auch nur eine solche, müssen die übrigen Gesellschafter für und gegen sich gelten lassen, selbst dann, wenn sie vielleicht nicht damit einverstanden sind.[2]) In dieser rechtlichen Folge liegt der innerste Kern des in Rede stehenden Begriffs, sie gibt der Gesellschaft den Charakter eines auf unbedingtes Vertrauen seiner Mitglieder begründeten Instituts. Gerade dieser letztere Gesichtspunkt wird ausschlaggebend sein für viele Einzelfragen, die im Gesetze keine Regelung gefunden haben. So wird man den Kreis der dem einzelnen Gesellschafter als Vertrauensperson übertragbaren Funktionen und Vorrechte ziemlich unbeschränkt ziehen dürfen. Auf der anderen Seite aber ist der Vertragsfreiheit insofern eine Grenze gesetzt, als Abmachungen, die jenes gegenseitige Zutrauen vermissen lassen, wider das Wesen der Gesellschaft verstoßen und deshalb nicht angängig sein dürften.

Wenn nun in Nachfolgendem versucht werden soll, die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters[3]) einer Erörterung zu unterziehen, so scheiden dabei grundsätzlich alle Fragen aus, die auf die Vertretung der Gesellschafter durch den geschäftsführenden Sozius Bezug haben.

---

[1]) Siehe vor allem die Abhandlung von Gorski.

[2]) Die Fälle der Kollektivgeschäftsführung bilden hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen keine besonderen Eigentümlichkeiten und können vorliegend unbeachtet bleiben; sie werden indes in späterem Zusammenhang erörtert werden.

[3]) Bei der gewählten Fassung des Themas braucht die Frage nicht untersucht zu werden, ob auch Personen, die nicht Gesellschafter sind, zu Geschäftsführern bestellt und sogar unter Ausschluß sämtlicher Gesellschafter zu ihrem Amte berufen werden können. (Literatur hierzu siehe Staub Anm. 2 zu § 125.)

B. Hauptteil.

Die Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters.

I. Umfang seiner Tätigkeit.

Ueber den Umfang der Geschäftsführung, d. h. darüber, welche Art von Tätigkeit darunter zu verstehen ist, hat das Gesetz keine näheren Vorschriften erlassen. Insbesondere ist im Gegensatz zum H. G. B.[1]) nichts darüber gesagt, ob Geschäfte jedweder Art von dem Geschäftsführer vorgenommen werden dürfen oder nur solche Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Man wird deshalb aus den allgemeinen Vorschriften des Gesellschaftsrechts die für die Begrenzung der Geschäftsführung leitenden Gesichtspunkte zu entnehmen haben. Da die Gesellschaft in jedem Falle einen bestimmten Zweck verfolgt, so wird es vornehmlich Sache des Geschäftsführers sein, diesen Zweck zu erreichen, und alle Handlungen, die diesem Ziele zusteuern, fallen in seinen Wirkungskreis. Ob die Handlung im einzelnen Falle tatsächlich zur Förderung der gemeinsamen Interessen beigetragen hat oder nicht, kann für ihre Berechtigung nicht entscheidend sein. Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob sie bei objektiver Beurteilung dem Gesellschaftszweck zu dienen bestimmt war. Die Geschäfte, die der geschäftsführende Gesellschafter innerhalb dieses Rahmens vorzunehmen berechtigt ist, können der verschiedensten Art sein. Sie umfassen — nach soweit ersichtlich unbestrittener Auffassung — „sowohl den Abschluß von Rechtsgeschäften als auch tatsächliche Leistungen, Arbeiten, Verrichtungen, wie solche in der konkreten Gesellschaft vorkommen und nötig werden.“[2]) So wird es Sache des Geschäftsführers sein, das gemeinschaftliche Gesellschaftsvermögen zu verwalten, Forderungen dieses Gesellschaftsvermögens einzutreiben und Schulden zu berichtigen, die Beiträge der Gesellschafter entgegenzunehmen,[3]) kurz alle Handlungen auszuführen, die für die Gemeinschaft der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter in Frage kommen. An tatsächlichen Verrichtungen hat der geschäftsführende Gesellschafter unter Umständen die Bücher zu führen, Korrespondenzen zu erledigen, Reisen zu unternehmen, ja je nach Art der Gesellschaft auch Dienste niederer Art zu verrichten, wie Botengänge u. dergl.

---

[1]) § 116 Abs. 1 H. G. B.

[2]) Mot. II Seite 602, Oertmann § 709 Ziff. 2 Seite 770, Planck Vorbem. zu §§ 709–715 S. 740 u. a. m.

[3]) Knoke S. 56.

Es ist den Gesellschaftern unbenommen, den Wirkungskreis des Geschäftsführers beliebig einzuschränken bezw. zu erweitern. So wird es nicht selten vorkommen, daß der eine Sozius nur mit der Erledigung von Kontorarbeiten betraut wird, während ein anderer rechtsgeschäftliche Angelegenheiten zu erledigen hat. Beide sind Geschäftsführer, jeder für ein bestimmtes Ressort.

Wie bereits angedeutet, handelt es sich jedoch nur um solche Geschäfte, die Geschäfte der verbundenen Gesellschafter, nicht der Einzelnen sind.[1]) Deshalb sind die Geschäftsführer nicht befugt, die rückständigen Beiträge einzuziehen und einzuklagen (wohl hingegen freiwillig gelieferte entgegenzunehmen), denn diese Ansprüche gehören nicht zum Gesellschaftsvermögen, sondern stehen den einzelnen Gesellschaftern als solchen zu. Für diese nicht unbestrittene Auffassung spricht, wie Oertmann überzeugend dartut,[2]) die grundsätzliche Erwägung, „daß die Herstellung der Gesellschaft erst Folge des Gesellschaftsvertrages ist, dieser selbst also nur zwischen den Gesellschaftern als Individuen geschlossen werden und nur ihnen Rechte verleihen kann". Die Beitragspflicht wird nicht der irgendwie von den einzelnen Gesellschaftern gesondert gedachten Gesellschaft, sondern nur den einzelnen Gesellschaftern gegenüber übernommen. Jeder Gesellschafter tritt für sich auf, obligiert sich jeden Mitkontrahenten und macht sich anderseits jedem Mitkontrahenten verbindlich.[3]) Diese Auffassung folgt u. E. mit zwingender Notwendigkeit aus der gewählten Fassung des § 705 B. G. B., derzufolge der Gesellschaftsvertrag eine „gegenseitige" Verpflichtung der Gesellschafter begründet. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist das Wort „gegenseitig" nur dahin zu verstehen, daß die einzelnen Kontrahenten jene Rechte und Pflichten bezügl. der Beiträge besitzen, und zwar der eine gegenüber dem anderen als Einzelindividuum. Sollte hingegen beabsichtigt werden, den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Vereinigung besondere Befugnisse zur Einziehung der Beiträge einzuräumen, so hätte dies im Gesetze unzweideutigen Ausdruck finden müssen, schon mit Rücksicht auf den schwankenden Rechtsbegriff der gesamten Hand. Nach diesen Erwägungen kommen wir zu dem Resultat, daß es nicht in die Machtsphäre des Geschäftsführers fällt, die geschuldeten Beiträge einzuziehen; wohl kann ihm dieses Recht im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich eingeräumt werden. Zur Annahme der freiwillig gezahlten Beiträge ist er indes, wie bereits ausgeführt, ermächtigt, da diese Beiträge selbst ja zum Gesellschaftsvermögen gehören.

Des weiteren sind der Tätigkeit des Geschäftsführers alle diejenigen innergesellschaftlichen Handlungen entzogen, die sich auf

[1]) Knoke a. a. O.

[2]) Oertmann § 705 Ziff. 3 S. 713, Planck § 718 Anm. 1 S. 750, Knoke S. 33–34, A. M. Dernburg § 357 III S. 613, Schollmeyer S. 143.

[3]) Mot. S. 594.

den Bestand und die Organisation der Gesellschaft selbst beziehen. So ist er nicht in der Lage, den Zweck der Gesellschaft eigenmächtig zu ändern, einen anderen Gesellschafter als Geschäftsführer einzusetzen oder einen vorhandenen aus seinem Amte zu entfernen, die Gesellschaft zu kündigen[1]) oder einen Mitgesellschafter auszuschließen. Es erscheint zweifelhaft, ob derartige Handlungen vertraglich überhaupt in den Kreis der Geschäftsführung gezogen werden können. Was die Aenderung des Gesellschaftszweckes, die Ein- bezw. Absetzung eines anderen Geschäftsführers und den Ausschluß eines Mitgesellschafters anlangt, so kann zu solchen Maßnahmen u. E. ein geschäftsführender Gesellschafter als solcher niemals ermächtigt werden. Denn diese Vorgänge berühren den innersten Kern des ganzen Gesellschaftsvertrages, der doch das Ergebnis der Willensübereinstimmung sämtlicher Gesellschafter ist. Auch würde, wollte man den Geschäftsführer zu jenen Handlungen ermächtigen, dieser damit in der Lage sein, seine eigene Rechtsstellung beliebig zu verändern und seine Befugnisse nach Gutdünken zu erweitern. So würde er beispielsweise durch Modifizierung des Gesellschaftszweckes Art und Umfang seiner bisherigen Tätigkeit in das gerade Gegenteil umwandeln können, ein Ergebnis, das unerträglich wäre und gegen die elementarsten Regeln von vertraglicher Bindung verstieße.

II. Die Befugnis zur Geschäftsführung, insbesondere die Stellung der einzelnen Berechtigten zueinander.

Der im Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs vorherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit ist ganz besonders bei den Vorschriften über die Verteilung der Geschäftsführung zum Ausdruck gekommen. Zwar ordnet das Gesetz an, wie bei Fehlen besonderer Vereinbarung die Führung der Geschäfte unter den Gesellschaftern geregelt sein soll, doch wird durch eine Reihe weiterer Bestimmungen jener Normalfall fast zur Ausnahme gestempelt. Tatsächlich dürfte es auch selten vorkommen, daß die Vertragschließenden über die Verteilung der Geschäfte als einen der wichtigsten Punkte mit Schweigen hinweggehen werden, so daß nur ausnahmsweise die gesetzliche Regelung Platz greifen wird. Entsprechend der Anordnung des Gesetzes hat man die Geschäftsführung ihrem Entstehungsgrunde nach in eine solche kraft Gesetzes und kraft Uebertragung zu scheiden und demgemäß zu behandeln. Indes ist von vornherein hervorzuheben, daß hiermit ein begrifflicher Unterschied nicht gemacht werden soll, denn auch die in gesetzlicher Weise geregelte Geschäftsführung beruht im Grunde doch auf Vereinbarung der Parteien, die eben mangels besonderer Abrede

[1]) Wohl in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, falls die Voraussetzungen des § 723 B. G. B. vorliegen.

die gesetzlichen Normen zu einem Teil ihres Vertrages gemacht haben.

1. Gesetzliche Regelung der Geschäftsführung.

Nach der Mehrzahl der früheren Kodifikationen ist zur Vornahme der gesellschaftlichen Geschäfte ein Zusammenwirken aller Sozien nötig, während nur wenige Rechte, wie der Code civil und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch,[1]) jedem Gesellschafter die selbständige Geschäftsführungsbefugnis zuerkennen. Man hat für die bürgerliche Gesellschaft das erstere Prinzip angenommen, da eine Regelung nach Art des Handelsrechts für die gewöhnliche Gesellschaft nicht passe und sogar für eine große Anzahl solcher Gesellschaften, und zwar gerade für die, welche sich auf die gewöhnlichen Verhältnisse des bürgerlichen Verkehrs beziehen, völlig unanwendbar seien. Dementsprechend bestimmt § 709 B. G. B.: „Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.“ Damit ist also für alle Geschäfte grundsätzlich ein gemeinsames Zusammenwirken sämtlicher Gesellschafter erforderlich; jeder muß um seine Meinung gefragt werden, alle haben gleiche Rechte. Die erforderliche Zustimmung kann u. U. auch stillschweigend erfolgen oder generell ein für allemal erteilt werden. In allen Fällen aber, in denen eine derartige Willensübereinstimmung nicht zweifelsfrei vorliegt, muß ein gemeinsamer Beschluß herbeigeführt werden. Die gemeinschaftliche Vornahme der Geschäfte kann indes u. E. nicht so verstanden werden, daß nun bei jeder Handlung ein gleichwertiges Zusammenwirken aller Gesellschafter gefordert wird, so daß jeder zu dem schließlichen Erfolge in derselben Weise beigetragen hat. Ein derartiges gleichwertiges Zusammenwirken wird in vielen Fällen, so regelmäßig bei rein tatsächlichen Verrichtungen, völlig undurchführbar sein. Was unter gemeinschaftlicher Geschäftsführung zu verstehen ist, dafür gibt eben der Nachsatz des zit. Paragraphen die notwendige Erläuterung. Indem dort nämlich für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erfordert wird, erleidet der im Vordersatz aufgestellte Begriff der gemeinschaftlichen Geschäftsführung, die ihrem Wortlaute nach ein gleichartiges Zusammenwirken bedeutet, eine wesentliche Einschränkung. Lediglich eine Willensübereinstimmung und nicht ein gleichwertiges persönliches Zusammenhandeln aller Geschäftsführer ist erforderlich und genügend. Dabei bildet die Zustimmung des einzelnen Gesellschafters allerdings einen notwendigen Bestandteil des Gesamtwillens und unterscheidet sich hierdurch wesentlich von dem wortgleichen Begriffe des allgemeinen

[1]) C. c. Art. 1859. a. H. G. B. Art. Art. 100 Abs. 2, 102 Abs. 2. Vergl. auch H. G. B. § 115.

Teils,[1]) wo unter Zustimmung gewissermaßen nur die zu dem fertigen und gültigen Willensakte hinzukommende Erlaubnis verstanden wird.[2]) Eine ohne die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter vorgenommene Handlung ist dementsprechend unwirksam und kommt für die Gesellschaft überhaupt nicht in Betracht. Selbst wenn Gefahr im Verzuge vorliegt, kann hiervon keine Ausnahme zugelassen werden, denn es ist daran festzuhalten, daß der Gesellschaftswille nur von allen Mitsozien gebildet werden kann, und nur auf Grund positiver Gesetzesbestimmungen dürfte in dieser Beziehung eine Ausnahme angängig sein. Ist die erforderliche Zustimmung wegen der Dringlichkeit des Falles nicht rechtzeitig zu erlangen, so werden die übrigen Gesellschafter die Handlung nur als auftraglose Geschäftsführer vornehmen können. Es steht ihnen kein Mittel zur Verfügung, die fehlende Zustimmung zu ersetzen.

Grundsätzlich hängt es von dem freien Belieben der einzelnen Gesellschafter ab, ob sie einem jeweils vorgeschlagenen Geschäfte zustimmen wollen oder nicht; gerade weil die Sozien gleichberechtigt sind, muß auch allen freie Willensentschließung zugesprochen werden. Allerdings kann durch die Zwecksbestimmung des Gesellschaftsvertrages für eine Reihe gleichartiger Geschäfte für die einzelnen Gesellschafter die Verpflichtung begründet werden, zweckdienlichen Handlungen zuzustimmen. In solchen Fällen wird eine Klage auf Zustimmung zuzulassen sein, wobei dann die Rechtskraft des Urteils die Zustimmungserklärung ersetzt.[3]) Abgesehen von dieser besonderen Rechtslage, ist jedoch der Klageweg ausgeschlossen,[4]) es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrage die Verpflichtung zur Zustimmung ausdrücklich festgelegt ist. Stellt sich die Weigerung als unberechtigt dar, so steht den Gesellschaftern u. U. neben der erwähnten Klage auch noch ein Anspruch auf Schadensersatz zu, dann nämlich, wenn der renitente Gesellschafter durch seine Weigerung die ihm obliegende diligentia quam suis außer acht gelassen hat.[5]) Es wird im Einzelfalle schwierig sein, den in dieser Hinsicht nötigen Nachweis zu führen, auch ist jedenfalls ein gedeihliches Zusammenwirken der geschäftsführenden Gesellschafter für die Zukunft regelmäßig ausgeschlossen. Denn es steht dem gerichtlich unterlegenen Gesellschafter die Möglichkeit offen, alle jene Geschäfte durch seinen Widerspruch bis auf weiteres zu hintertreiben. Bei einem solchen Verhalten wird man allerdings den übrigen Gesellschaftern das Recht einräumen müssen, die Gesellschaft in Gemäßheit des § 723 B. G. B. zu kündigen oder

---

[1]) § 185 ff. B. G. B. Oertmann § 709 Ziff. 1.
[2]) § 894 Z. P. O.
[3]) § 894 Z. P. O.
[4]) Oertmann a. a. O.
[5]) § 708 B. G. B.

den betreffenden Gesellschafter[1]) auszuschließen. Sollen derartige Rechte geltend gemacht werden, so kann dies selbstredend ohne Mitwirkung des betreffenden Gesellschafters geschehen, denn es kann ihm nicht das Recht eingeräumt werden, jene Ansprüche durch Verweigerung seiner Zustimmung illusorisch zu machen (unbestritten).

Wenn es sich darum handelt, einen gemeinschaftlichen Gegenstand zu erhalten, so ist nach der Meinung verschiedener Schriftsteller[2]) jeder Gesellschafter berechtigt, ohne, ja sogar gegen den Willen der anderen Sozien die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die zur Begründung dieser Auffassung angeführte Bestimmung über die Gemeinschaft läßt u. E. indes eine derartige analoge Anwendung nicht zu, da, wie ausgeführt ist,. die auch für solche Fragen der Geschäftsführung allein maßgebende Regel des § 709 Abs. 1 B. G. B. strictissime zu interpretieren ist, und es würde u. E. eine willkürliche Konzession an subjektives Opportunitätsgefühl sein, wollte man gerade in jenem Falle eine Ausnahme gestatten. Die Erwägung, daß die Gesellschafter ein weit engeres Band umschlinge als die Teilhaber einer Gemeinschaft, ist an sich richtig, kann aber den einzelnen Sozius keineswegs zu selbständigem Handeln berechtigen.[3]) Im Gegenteil, gerade der enge gesellschaftliche Zusammenschluß erfordert ein einhelliges Zusammenwirken in jeder Rechtslage. U. E. bedarf es übrigens auch gar nicht jener Anleihe bei Vorschriften eines anderen Rechtsinstituts, vielmehr reichen unsere für den Fall der Verzugsgefahr gegebenen Vorschriften völlig aus. Es bleibt den Gesellschaftern ja unbenommen, vertraglich andere Abmachungen zu treffen.

Es ist zulässig, die gesetzliche Geschäftsführung in der Weise zu modifizieren, daß zur gültigen Vornahme der gesellschaftlichen Geschäfte Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter genügen.[4]) Diese Mehrheit ist mangels anderer Abmachungen nach der Zahl der Sozien zu berechnen, ganz gleich, wie hoch die Beiträge der Einzelnen sind. Es entspricht dieses dem unkapitalistischen Wesen der bürgerlichen Gesellschaft, in der sich die einzelnen Mitglieder als Persönlichkeiten zusammenfinden. Nichtsdestoweniger kann aber die Höhe der Beiträge für maßgebend erklärt werden. Ob absolute, relative oder qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, geht aus dem Gesetze nicht hervor, wird also im Einzelfalle Auslegungsfrage sein. Wie indes diese Frage auch geregelt sein mag, keinesfalls wird man der Mehrheit das Recht zugestehen dürfen, ohne die Minderheit zu beraten. Derartig gefaßte Beschlüsse sind u. E. gerade so ungültig wie solche, die ohne die erforderliche Zustimmung

[1]) § 737 B. G. B.
[2]) Knoke S. 57, Staudinger zu § 709 II 3 S. 612.
[3]) Knoke a. a. O.
[4]) § 709 Abs. 2 B. G. B.

aller Gesellschafter gefaßt werden. Denn zur Teilnahme an der Geschäftsführung ist nach wie vor jeder Gesellschafter berufen, und hierzu gehört in erster Linie, daß er in allen Fällen um seine Meinung gefragt wird. Wollte man ihm dieses Recht verkürzen, so würde seine Geschäftsführungsbefugnis nur zu leicht illusorisch und er einem von der gestio ausgeschlossenen Gesellschafter gleichstehen. Diese Rechtsschmälerung kann aber nur auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung Platz greifen, nicht durch unbarmherzige Majorisierung.

Neben der Befugnis zur Geschäftsführung besteht gleichzeitig eine Pflicht zu derselben, denn es ist offensichtlich, daß bei negativem Verhalten der Geschäftsführer die Erreichung des gemeinsamen Zweckes vereitelt würde. Weil also hiernach die gesetzliche Geschäftsführung einen integrierenden Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bildet, kann dem einzelnen Gesellschafter auch nicht das Recht zugebilligt werden, sich einseitig, etwa durch Kündigung, dieser rechtlichen Qualität zu entschlagen. Denn er würde damit den Inhalt des ihn bindenden Vertrages willkürlich ändern und seine Arbeitskraft den übrigen Gesellschaftern eigenmächtig entziehen.

2. Die Uebertragung der Geschäftsführung.

Wie bereits ausgeführt, dürfte die nach dem gesetzlichen Normalfall geregelte Führung der Geschäfte oftmals wenig zweckentsprechend sein, da durch das notwendige gemeinschaftliche Zusammenwirken aller Gesellschafter eine schnelle Abwicklung des Betriebes recht erschwert werden kann. Wohl in dieser Erwägung führt der Gesetzgeber denn auch eine Reihe von Vorschriften an, in denen eine andere Regelung der Geschäftsführung vorgesehen ist, und wonach es den vertragschließenden Gesellschaftern freisteht, diese oder jene Art der Geschäftsverteilung zu wählen. Er bezeichnet dies als „übertragene" Geschäftsführung, und zwar fällt unter diesen Begriff jede von der Norm des § 709 B. G. B. abweichende Regelung, welcher Art sie auch sei. Denn da grundsätzlich für jeden Gesellschafter gleiche Geschäftsrechte bestehen, so muß jede Aenderung dieser Gleichheit die Machtfülle des einen Gesellschafters auf Kosten eines anderen vermehren, so daß der Zurücktretende gewissermaßen seinen Anteil an der Geschäftsführung überträgt. Diese Uebertragung geschieht durch den Gesellschaftsvertrag, doch ist hierunter unbestrittenermaßen nicht nur der ursprüngliche, die Gesellschaft begründende Vertrag zu verstehen, sondern auch jede spätere von allen Gesellschaftern getroffene Vereinbarung, durch die die Grundlagen der Gesellschaft berührt oder völlig geändert werden.[1])

[1]) Planck § 711 Anm. 1 S. 742.

Durch die Uebertragung wird der davon betroffene Gesellschafter indes nicht etwa Beauftragter der Gesellschaft; er erhält vielmehr eine sonderrechtliche Stellung, die ihn gegenüber den anderen Gesellschaftern hervorhebt und ihm gesellschaftliche Rechte und Pflichten auferlegt.[1]) Allerdings können auch diese oder jene Verrichtungen oder ein ganzer Kreis von Geschäften durch widerrufliches Mandat auf einzelne Gesellschafter übertragen werden, doch liegt dann keine übertragene Geschäftsführung vor, vielmehr sind die solchermaßen handelnden Gesellschafter einfach als Beauftragte des jeweiligen Geschäftsführers zu betrachten.[2])

Im einzelnen behandelt das Gesetz zwei verschiedene Fälle der Ceschäftsübertragung:

a) Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Führung der Geschäfte einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden.[3]) Hierdurch sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Dieser Ausschluß ist indes nicht so zu verstehen, daß sich die betr. Sozien nun von allen Geschäften absolut fern zu halten hätten. Denn sie bleiben als Gesellschafter nach wie vor verpflichtet, dem Zwecke der Gesellschaft zu dienen, zwar nicht durch aktives Handeln, wohl aber müssen sie das Wohl und Wehe der Gesellschafter stets im Auge behalten und dem Geschäftsführer von allen Gefährdungen des Gesellschaftszweckes Mitteilung machen.[4]) Zu solchem Verhalten sind sie schon mit Rücksicht auf die Forderungen von Treu und Glauben verpflichtet. Die im § 710 B. G. B. geregelte Geschäftsverteilung stellt sich im wesentlichen als ein Verzicht der ausgeschlossenen Gesellschafter auf ihre Normalrechte dar, wodurch dann der ganze Geschäftskomplex den übrigen Sozien zufällt und diese so gestellt sind, als wenn sie die alleinigen Gesellschafter wären. Wie die Geschäfte unter den etwaigen mehreren Geschäftsführern geregelt werden, ist Sache des Gesellschaftsvertrages. Enthält dieser keine besonderen Vorschriften, so greifen die Bestimmungen des § 709 B. G. B. Platz. Alle Geschäftsführer müssen in solchem Falle gemeinschaftlich handeln, und nur dann, wenn dies besonders ausgemacht ist, entscheidet Stimmenmehrheit. Wenn nur ein Gesellschafter mit der Führung der Geschäfte betraut wird, ist seine Stellung gegenüber den anderen Sozien eine außerordentlich freie und bevorzugte, denn in seine Hand ist das Schicksal der Gesellschaft gegeben. In Praxi dürfte eine derartige Regelung nicht selten sein, und zwar regelmäßig dann, wenn sich ein kapitalkräftiger geschäftsunkundiger Gesellschafter mit einem Fachmanne

---

[1]) „Die Uebertragung ist nicht nur Auftrag oder Arbeitsvertrag, sondern ein durch die Gesellschaftsordnung garantiertes Gesellschaftsrecht.“ So zutreffend Endemann § 181 3 Anm. 3.

[2]) Oertmann § 712 Anm. 5. S. 713.

[3]) § 710 B. G. B.

[4]) Knoke S. 59, Staudinger § 710 d. S. 614.

verbindet, wobei die Beiträge des ersteren in Geld, die des letzteren aber in Leistungen von Diensten bestehen.[1])

b) Die Führung der Geschäfte kann nach dem Gesellschaftsvertrage allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zustehen, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist. Bei solcher Verteilung kann jeder der Vornahme eines Geschäftes durch den anderen widersprechen[2]) mit der Wirkung, daß das Geschäft im Falle des Widerspruchs unterbleiben muß. Dieser Widerspruch ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und hat dem Gesellschafter gegenüber zu erfolgen, der die reprobierte Handlung vornehmen will. Hierdurch wird jedoch die Handlung für jeden anderen Geschäftsführer zu einer verbotenen, sie darf erst dann trotz des früheren Widerspruchs vorgenommen werden, wenn dessen Grundlage fortgefallen ist, also bei veränderter Geschäftslage oder Willensänderung des widersprechenden Gesellschafters. Ein nach Ausführung des Geschäfts erfolgter Widerspruch ist unbeachtlich, ebenso ein solcher, der sich gegen einen ganzen Kreis von Geschäften richtet.[3]) Letzteres folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes, das von dem Widerspruch gegen die Vornahme „eines" Geschäftes redet. Gründe brauchen bei der Ausübung des fraglichen Rechtes nicht angegeben zu werden, doch begründet unsachlicher Widerspruch, der dem Zwecke der Gesellschaft zuwiderläuft, Schadensersatzpflicht und kann sogar zur Ausschließung des betreffenden Gesellschafters führen. Diese Gegenmaßregel wird indes nur in besonders schweren Fällen zulässig sein, z. B. bei fortgesetzter oder chikanöser, unsachgemäßer Ausübung des Widerspruchsrechts.[4]) Juristisch stellt sich das Widerspruchsrecht als eine Abschwächung des bei kollektiver Geschäftsführung geltenden Zustimmungsrechts dar, und man bezeichnet es wegen dieser Verwandtschaft auch als negatives Konsensprinzip, während man das weiterreichende Zustimmungsrecht positives Konsensprinzip genannt hat. Der Erfolg beider Rechtsinstitute ist an sich zwar der gleiche: Jeder geschäftsführende Gesellschafter ist in der Lage, alle ihm mißliebigen Geschäfte zu verhindern; aber es besteht ein wesentlicher Unterschied bezügl. der Wirksamkeit vorschriftswidrig abgeschlossener Geschäfte. Während, wie ausgeführt, Rechtshandlungen, für die die erforderliche Zustimmung nicht von allen Gesellschaftern erteilt ist, unwirksam sind, haben Geschäfte, die trotz ordnungsmäßigen Widerspruchs vorgenommen sind, Dritten gegenüber dann Wirksamkeit, wenn der kon-

---

[1]) § 706 Abs. 3 B. G. B.

[2]) § 711 B. G. B.

[3]) a. A. Staudinger § 711 Anm. 1b S. 615, der einen Widerspruch gegen eine Reihe bestimmter Geschäfte für zulässig hält. Desgl. Staub und die herrschende Lehre. Nach dieser ist nur ein Widerspruch gegen die gesamte Geschäftsführung eines Gesellschafters unbeachtlich.

[4]) Staub § 115 1c *y*, Staudinger § 711 Anm. 2 *a*.

trahierende Gesellschafter — wie dies meist der Fall sein wird — vertretungsberechtigt war. Hierin ist der fundamentale Unterschied des positiven und negativen Konsensprinzips enthalten. Im einen Falle kann eine gültige Willenserklärung mangels allseitigen Zusammenwirkens überhaupt nicht zustande kommen, im anderen Falle tritt ein den selbständigen Willensakt negierender Eingriff hinzu, der indes für die rechtliche Existenz der reprobierten Handlung als solcher nicht von Belang sein kann.[1])

Nimmt ein geschäftsführender Gesellschafter trotz des Widerspruchs das Geschäft vor, so ist sein Verhalten rechtswidrig, und er hat für die Folgen einzustehen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Widerspruch sachlich nicht begründet oder gar chikanös erfolgt ist, denn es ist unbedingt daran festzuhalten, daß die Ausübung des Widerspruchs ein unbedingtes Recht ist, dessen Geltendmachung grundsätzlich in das freie Ermessen des Berechtigten gestellt ist. Hiervon dürfte nur dann eine Ausnahme zuzulassen sein, wenn der Tatbestand des § 226 B. G. B. vorliegt, d. h. wenn der

---

[1]) Unsere Auffassung ist indes nicht unbestritten. Man will aus den Worten des Gesetzes: „Im Falle des Widerspruchs muß das Geschäft unterbleiben" schließen, daß eine trotzdem vorgenommene Handlung deshalb völlig unwirksam sei, weil das Gesetz mit der Wendung „muß" stets eine zwingende Rechtsnorm zum Ausdruck bringe. Dies ist an sich gewiß richtig, doch gilt die zwingende Rechtsnorm u. E. nur für das jeweilige Rechtsinstitut und in dessen Umfang. Hier also nur für die Rechtsbeziehungen, welche die rein nach innen wirkende Geschäftsführung berühren, nicht auch für die Wirkungen dieser Handlungen nach außen. Auch die Bestimmung des § 714 B. G. B. scheint nicht geeignet, unsere Ansicht zu entkräften. Zwar ist danach ein Gesellschafter im Zweifel ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, soweit (d. h. nur so weit) ihm die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, und man könnte annehmen, daß hiermit die inneren und äußeren Wirkungen einer Handlung stets völlig übereinstimmten. Aber abgesehen davon, daß bei einer derartigen Regelung die scharfe Trennung von Geschäftsführung und Vertretung völlig entbehrlich sein würde, wäre auch der gutgläubigen Dritten gegenüber unbedingt erforderliche Rechtsschutz gänzlich außer acht gelassen. Denn wie sollten diese überhaupt Kenntnis erlangen können, ob einer Handlung widersprochen worden ist oder nicht? Erst eine zeitraubende Rundfrage bei allen Geschäftsführern würde ihnen die nötige Gewißheit verschaffen, und die Dritten wären entgegen allen sonstigen Rechtsregeln gezwungen, die negativen Erfordernisse eines Geschäftes zu prüfen. Die Worte des Gesetzes: „soweit die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht" sind deshalb u. E. gerade mit Rücksicht auf die Interessen der dritten Personen zu interpretieren, und solchen gegenüber ist bei einer gemäß § 711 gewählten Regelung der Geschäftsführung jeder Gesellschafter eben allein zu handeln berechtigt. Diese Befugnis, allein zu handeln, ist das Ausschlaggebende für den Umfang der Geschäftsführung, und darin liegt auch allein der Gegensatz zur Kollektivgeschäftsführung, bei der ein Zusammenhandeln erforderlich ist. Es soll rückhaltlos eingeräumt werden, daß die hier vertretene Ansicht nicht völlig zweifelsfrei ist, doch dürfte nur sie zu einem befriedigenden, den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechenden Resultate führen. Wie hier, Staub § 115 Ziff. 1 c γ, Staudinger § 711 Ziff. 2 a. M. Oertmann § 711 Ziff. 1.

Widerspruch nur den Zweck haben kann, einem anderen, also hier dem handelnden Geschäftsführer oder den anderen Gesellschaftern, Schaden zuzufügen. Es mag dahingestellt bleiben, ob solche Fälle in praxi überhaupt vorkommen können, jedenfalls dürften sie zu den verschwindenden Ausnahmen gehören, weil irgendein Interesse des Widersprechenden wohl meist nachweisbar sein wird.

Erleiden die Geschäfte durch ein trotz Widerspruchs vorgenommenes Geschäft Schaden, so ist der betr. Geschäftsführer ersatzpflichtig, und zwar haftet er nicht bloß für die von ihm als Gesellschafter zu vertretende diligentia quam suis, sondern schlechthin für jede Fahrlässigkeit,[1]) denn durch die Ueberschreitung seiner Geschäftsbefugnis hört er insoweit auf, als Gesellschafter zu handeln, und geht damit auch der ihm als solchem gewährten Rechtswohltaten verlustig. Er steht dann den übrigen Gesellschaftern wie ein völlig unbeteiligter Dritter gegenüber. Je nach Art des unrechtmäßig vorgenommenen Geschäftes können außer der Schadensersatzpflicht auch noch weitere Rechtsfolgen für den renitenten Geschäftsführer eintreten, als deren schwerste seine völlige Ausschließung aus dem Sozietätsverbande zu betrachten sein dürfte.

Das Widerspruchsrecht der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden. In dieser Hinsicht stellt § 711 B. G. B. zwingendes Recht dar. Zwar ist u. E. aus der gewählten „kategorischen Form" (Oertmann) dieser Schluß nicht unbedingt zu ziehen, wenigstens gibt das Wort „kann" nach der sonstigen Terminologie des Gesetzes hierfür keinen Anhalt. Wohl aber dürfte aus dem Begriffe einer richtig verstandenen Geschäftsleitung folgen, daß unbedingt jedem Geschäftsführer ein Einfluß auf jedes Geschäft möglich gemacht sein muß. Denn die Geschäftsführung ist der eigentliche Lebensnerv, gewissermaßen das Herz der Gesellschaft, ein einheitlicher Komplex von Handlungen; und es wäre unerträglich, wollte man den verschiedenen Geschäftsführern zubilligen, daß jeder nach seiner besonderen Methode und nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten verfahren könne. Es ist u. E. verfehlt, die gesetzliche Möglichkeit des völligen Ausschlusses von der Geschäftsführung zum Beweise dafür heranzuziehen, daß — gewissermaßen als ein in Majore enthaltenes Minus — auch bloß das Widerspruchsrecht ausgeschlossen werden könne.[2]) Denn durch den Verzicht auf die Geschäftsführung scheidet der betr. Gesellschafter eben ganz aus der Leitung der Sozietät aus, und es bleibt deren einheitliche sachgemäße Ausübung gesichert. Durch den Verzicht auf das Widerspruchsrecht hingegen würde das Institut der Geschäftsführung zersplittert und seines Zieles beraubt werden.

---

[1]) § 276 B. G. B.

[2]) Goldmann-Lilienthal S. 747 Anm. 31, unserer Ansicht, die wohl herrschende Lehre vergl. z. B. Oertmann § 711, Knoke S. 59.

Weil es dem innersten Wesen unseres Instituts widerstreitet, dürfte ein vertraglicher Verzicht auf das Widerspruchsrecht seitens der Geschäftsführer unzulässig sein. Wollen sie einem Gesellschafter völlige Bewegungsfreiheit gewähren, so müssen sie ihn entweder als alleinigen Leiter einsetzen oder ihr Widerspruchsrecht gegen seine Maßnahmen nicht ausüben.

Die geschäftsführenden Gesellschafter sind zwar an sich nicht verpflichtet, sich gegenseitig von beabsichtigten Geschäftsabschlüssen in Kenntnis zu setzen und sich so untereinander Gelegenheit zu geben, das Widerspruchsrecht auszuüben. Es folgt dies einmal daraus, daß das Gesetz eine derartige Pflicht nicht ausdrücklich statuiert, und sodann vor allem aus der Erwägung, daß die selbständige Geschäftsführung gerade darin im Gegensatz zur Kollektivleitung steht, daß nicht eine zeitraubende Rundfrage aller Beteiligten erforderlich sein soll. Unbeschadet dieser Handlungsfreiheit jedes Geschäftsführers wird man indes doch mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Geschäftsführung unbedingt verlangen müssen, daß jede Handlung so vorgenommen wird, daß alle Geschäftsführer zeitig, d. h. vor dem definitiven Abschluß, darüber unterrichtet werden. Nur so hat ihr Widerspruchsrecht praktischen Wert, und nur so werden die Forderungen von Treu und Glauben, die gerade für das Innenverhältnis jeder Gesellschaft eine so große Rolle spielen, erfüllt. Ein Verheimlichen geplanter Geschäfte ist deshalb pflichtwidrig und macht ebenso ersatzpflichtig wie die Vornahme einer trotz Widerspruchs vollzogenen Handlung.[1])

c. Die Besorgung von Gesellschaftsgeschäften braucht nicht immer gerade durch die Geschäftsführer zu erfolgen. Oftmals werden diese aus tatsächlichen oder sonstigen Gründen (z. B. wegen mangelnder Sachkenntnis) verhindert sein, die erforderlichen Maßnahmen der Geschäftsleitung zu treffen, so daß eine Zuziehung von Hilfskräften nötig wird. Diese Zuziehung kann sich rechtlich als Auftrag, Werk- oder Dienstvertrag darstellen und ist nach den Grundsätzen

[1]) Soweit ersichtlich, ist diese Frage bisher in der Literatur nicht berücksichtigt worden. Von ihrer Entscheidung hängt aber u. E. der praktische Wert des Widerspruchsrechts ab. Denn dieses wäre illusorisch, würde nicht jedem Geschäftsführer in weitgehendem Maße Einblick in alle Pläne und Entwürfe der übrigen gewährt. Gerade die Vorverhandlungen sind häufig für die Beurteilung eines Geschäftes von ausschlaggebender Bedeutung und bilden die Grundlage für eine sachgemäße Entscheidung. Um zu der Vornahme eines Geschäftes Stellung nehmen zu können, wird es in der Mehrzahl der Fälle nicht genügen, erst kurz vor dem definitiven Zustandekommen darüber zu hören. Oftmals dürfte zu kurze Ueberlegungszeit der Grund für unterlassenen oder unsachgemäßen Widerspruch sein. Aus diesen Erwägungen wird man eine zeitige vorherige Verständigung der Geschäftsführer unbedingt verlangen und die hierzu erforderlichen Maßnahmen als deren Rechtspflicht betrachten müssen. Ja, in besonders wichtigen Fragen dürfte u. E. sogar eine vorherige ausdrückliche Benachrichtigung aller Geschäftsführer erforderlich sein, So verlangen es Treu und Glauben. § 138 B. G. B.

der jeweiligen Vertragstypen zu beurteilen. Selbst wenn ein anderer Gesellschafter zu einzelnen Geschäftshandlungen herangezogen wird, erhält er dadurch nicht die Stellung als Geschäftsführer, und zwar selbst dann nicht, wenn seine Tätigkeit etwa wegen besonderer Sachkenntnis dauernd für eine ganz bestimmte Art von Handlungen in Anspruch genommen wird. Allerdings kann es im Einzelfall zweifelhaft sein, ob ein derartig belasteter Gesellschafter lediglich Beauftragter ist, oder ob ihm nicht vielmehr die Qualität eines Geschäftsführers, der auf einen bestimmten Wirkungskreis beschränkt bleibt, zusteht. Hierüber wird eine sachgemäße Interpretation des Gesellschaftsvertrages, aber auch nur dieses Vertrages, Klarheit verschaffen. Denn die Verteilung der Geschäftsführung ist ein integrierender Bestandteil des Sozietätsverhältnisses und kann nicht von einzelnen Mitgliedern willkürlich geändert werden. Selbst wenn ein Geschäftsführer seine gesamten Verrichtungen auf einen anderen Gesellschafter übertrüge — ob befugt oder unbefugt, mag hier dahingestellt bleiben — würde letzterer doch unter keinen Umständen als Geschäftsführer anzusehen sein, sondern wäre nur Beauftragter mit dessen Rechten und Pflichten. Der einzige Vorzug, den ein solchermaßen tätiger Gesellschafter vor einem gleichfalls für die Gesellschaft handelnden beliebigen Dritten genießt, ist seine auf diligentia quam suis beschränkte Haftung. Diese ist ihm unbedingt einzuräumen, denn bei allem, was er für die Gesellschaft, sei es als Beauftragter, Unternehmer oder Dienstverpflichteter, tut, werden die für jene Rechtsinstitute gegebenen strengen Vorschriften durch die dem Gesellschafter als solchem gewährten Privilegien ersetzt.[1])

Es mag noch hervorgehoben werden, daß auch geschäftsführende Gesellschafter in Gesellschaftsgeschäften unter Umständen nur als Beauftragte tätig werden können. So z. B. wenn ihnen außerhalb ihres bestimmt begrenzten Geschäftskreises liegende Handlungen durch andere Geschäftsführer übertragen werden, denn eine willkürliche Aenderung des Umfanges der Befugnis zur Geschäfts-

[1]) Dies ist natürlich nicht der Fall, wenn ein Gesellschafter nicht für die Gesellschaft, sondern im eignen Interesse handelt, also wenn er nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern als unbeteiligter Dritter mit der Cesellschaft kontrahiert. Ob ein solcher Fall vorliegt, kann unter Umständen sehr zweifelhaft sein. Wie z. B. wenn ein Gesellschafter für die Gesellschaft einen Bau ausführt oder eine zeitraubende wissenschaftliche oder technische Aufgabe löst? Selbst dann, wenn solche Ziele dem Zwecke der Gesellschaft entsprechen, wird man oftmals billigerweise keinem Gesellschafter zumuten können, jene Arbeiten in seiner erwähnten Eigenschaft auszuführen, selbst wenn er für seine Bemühungen eine besondere Vergütung erhält; denn bei Verfolgung seiner Ansprüche gegen die Gesellschaft hat er selbstverständlich als Dritter eine viel größere Bewegungsfreiheit. Wenn vor der Ausführung der betr. Arbeit in dieser Hinsicht nichts Bestimmtes ausgemacht sein sollte, wird der handelnde geschäftsführende Gesellschafter verlangen können, daß seine Rechtsstellung nachträglich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bestimmt wird.

führung ist ebensowenig statthaft wie deren eigenmächtige Uebertragung. Anderseits wird man aber einem Geschäftsführer nur dann die Stellung eines Beauftragten zuweisen dürfen, wenn hierzu absolut zwingende Gründe, wie z. B. offensichtliche Ueberschreitung seines Wirkungskreises, vorliegen.[1]) Besonders dürfte eine hierauf bezügliche genaue Prüfung bei kollektiver Geschäftsführung angemessen sein. Oftmals wird ein nur kollektiv berechtigter Geschäftsführer Handlungen vornehmen müssen, ohne daß dabei die übrigen gleichberechtigten Sozien wesentlich beteiligt sind. Ja, bei der Mehrzahl aller Geschäfte und insbesondere bei allen tatsächlichen Verrichtungen[2]) wird dies der Fall sein. Wollte man in derartigen Fällen den geschäftsführenden Gesellschafter stets in die Rolle eines Beauftragten verweisen, dann würde diese und nicht seine Qualität als Geschäftsführer für ihn der Regelzustand sein, eine Konsequenz, die den Intentionen des Gesetzes nicht entsprechen kann. Denn das Institut der Geschäftsführung ist doch seinem Wesen nach dazu da, daß möglichst alle die Gesellschaft betreffenden Handlungen dadurch erledigt werden sollen; nur aushilfsweise soll auf Grund eines anderen, der Gesellschaft als solchen fremden Rechtsgebildes jenes Ziel erstrebt werden. Deshalb wird man bei kollektiver Geschäftsführung nur solche Handlungen nach den Regeln des Auftrags usw. zu beurteilen haben, die ein Geschäftsführer völlig selbständig, sei es mit, sei es ohne Aufforderung der übrigen, vornimmt.

III. Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber den übrigen Gesellschaftern.

I. Anwendungsgebiet der gesetzlichen Vorschriften.

Die hierfür grundlegende gesetzliche Bestimmung[3]) lautet: „Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein Anderes ergibt."

Es ist anerkannten Rechtes, daß Träger der Rechte und Pflichten den geschäftsführenden Gesellschaftern gegenüber die anderen Gesellschafter sind, „aber nicht als Einzelpersonen, sondern als Gesamtheit gedacht, die ihren besonderen Ausdruck in einer gewissen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens findet."[4]) [5]) Diese Auffassung

---

[1]) Gemeint ist selbstverständlich nur ein Tätigwerden auf Aufforderung eines zu der verlangten Handlung Berechtigten. Ueberschreitet der Geschäftsführer seinen Wirkungskreis aus eigener Initiative, so würde er wie ein auftragloser Geschäftsführer zu behandeln sein.

[2]) Bei letzterem sogar ohne jedes Zutun der übrigen Gesellschafter.

[3]) § 713 B. G. B.

[4]) Staudinger § 713 6 II.

[5]) Oertmann § 713 Ziff. 5, Goldmann-Lilienthal § 195 S. 749.

folgt mit Notwendigkeit aus der eigentümlichen juristischen Gestaltung der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft, welch letztere keine von ihren Mitgliedern verschiedene Persönlichkeit besitzt, deren Mitglieder aber doch zu einer gewissen Einheit: der sogenannten Gemeinschaft zur gesamten Hand zusammengetreten sind. Der Mangel der juristischen Persönlichkeit schließt es ohne weiteres aus, daß die Gesellschaft als ein von den Sozien unabhängiger Rechtsträger auftreten kann, während anderseits die gesamthänderische Bindung der Gesellschafter bewirkt, daß der Einzelne nie als Sonderindividuum aktiv oder passiv in Betracht kommt, sondern gewissermaßen nur als Repräsentant der faktisch verbundenen Personeneinheit. Hiernach kann der forderungsberechtigte Geschäftsführer seine Klage nicht gegen die Gesellschaft richten, sondern immer nur gegen die Gesellschafter; es haftet ihm aber nicht deren Privatvermögen, vielmehr nur das zum selbständigen Komplex zusammengefaßte Gesellschaftsvermögen. Anderseits ist jeder Gesellschafter berechtigt, den Geschäftsführer anzuhalten, seinen Verpflichtungen nachzukommen, doch hat die Leistung nicht an den betreibenden Gesellschafter, sondern an alle zu erfolgen.[1])

Es wird in der Literatur die Ansicht vertreten, daß sich die Vorschrift des § 713 nur auf den Fall der übertragenen Geschäftsführung beziehe und keine Anwendung finde, wenn die Führung der Geschäfte allen Gesellschaftern in Gemäßheit des § 709 gemeinschaftlich zusteht. Zur Begründung dieser Auffassung wird einmal auf den früheren Wortlaut des zit. Paragraphen hingewiesen, der von den Rechten und Pflichten der im Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern spreche. Sodann sei, soweit alle Gesellschafter die Geschäfte gemeinschaftlich führten, in der Regel für die Anwendung der §§ 664 -- 670 kein Raum. Es könne sich bei diesen immer nur um das Verhältnis des geschäftsführenden zu den nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern handeln.[2]) U. E. liegen indes zu einer solchen Beschränkung des Umfanges der gen. Vorschrift zwingende

[1]) Eine Ausnahme bilden solche Verpflichtungen, die nur die Gesellschafter als Einzelpersonen berühren. So ist ein Schaden, der einen Gesellschafter betroffen hat, diesem Gesellschafter als solchem, nicht aber der Personengesamtheit der Sozien zu ersetzen. Ueber das Einzelrecht der Kontrolle s. u. Vergl. auch Knoke S. 70, Cosack § 277 II 1 c, Oertmann § 713 Ziff. 5.

[2]) Mit klaren Worten bekennen sich Goldmann-Lilienthal (S. 749 Anm. 42) und Crome (§ 281 II 2 b. S. 779) zu dieser Auffassung. Die übrigen Schriftsteller nehmen zu der Frage keine ausgesprochene Stellung, doch scheint dies nur deshalb der Fall zu sein, weil sie ohne weiteres die Vorschrift des § 713 auf die übertragene Geschäftsführung beschränken. So betont Staudinger, daß für die zur Geschäftsführung Berufenen die besonderen Regeln des § 713 gelten müßten, und versteht unter Berufung nach dem ganzen Zusammenhang offenbar Uebertragung durch den Gesellschaftsvertrag. Endemann erwähnt den § 713 überhaupt nicht.

Gründe nicht vor, so daß dieselbe für jede Art von Geschäftsführung Anwendung findet. Zur Begründung unserer Auffassung möge folgendes dienen: Auch bei kollektiver Geschäftsführung[1]) können und werden oftmals Verhältnisse vorliegen, die denen eines Auftraggebers zu einem Beauftragten entsprechen. Wie bereits ausgeführt, ist der Begriff der gemeinschaftlichen Geschäftsführung den praktischen Bedürfnissen entsprechend möglichst weit zu fassen und begreift auch — vielleicht vorwiegend — solche Fälle, in denen ein geschäftsführender Gesellschafter vorzugsweise handelnd auftritt, während die übrigen nur mit ihrem Willen zustimmend beitreten. Wohl liegt unter solchen Umständen eine gemeinschaftliche Handlung vor, soweit das Willensmoment in Frage kommt, die Ausführung ist aber Sache und Werk eines Einzelnen. In dieser letzteren Beziehung steht er zu dem Endergebnis in einem näheren Verhältnis als die übrigen Geschäftsführer, aber man wird schlechterdings nicht zugeben können, daß er für die tatsächliche Erledigung nur als Beauftragter zu betrachten ist. Vielmehr handelt er auch dann in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer, und die übrigen Geschäftsführer stehen ihm eben in ihrer Qualität als Gesellschafter gegenüber, deren Rechte und Pflichten gerade so zu beurteilen sind, als wenn sie überhaupt von der Geschäftsführung ausgeschlossen wären. Wollte man den handelnden Geschäftsführer lediglich als Beauftragten beurteilen, so würde damit eine unerträgliche Unsicherheit für die Bewertung seiner Tätigkeit Platz greifen, und es wäre bei ein und derselben Handlung eine mißliche Zweiteilung bezüglich ihrer juristischen Beurteilung unvermeidlich. Während nämlich die Willensbildung Ausfluß der Geschäftsführung ist, wäre die notwendige Ausführung des beschlossenen Geschäftes nach anderen Regeln zu beurteilen, und es wäre kaum ein Fall denkbar, wo eine völlig kraft Geschäftsführung zustande gekommene Handlung vorläge. Es muß deshalb aus inneren Gründen auch bei kollektiver Geschäftsführung zwischen dem einzelnen und den übrigen Geschäftsführern ein Rechtsverhältnis möglich sein, wobei die letzteren aus ihrer Stellung als Geschäftsführer gewissermaßen ausscheiden und dem handelnden Genossen lediglich als Gesellschafter gegenüber stehen. Es würde für die von uns vertretene Auffassung deshalb nichts verschlagen, wenn die endgültige Fassung des mehrerwähnten Paragraphen entsprechend dem ersten Entwurf von den Rechten und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber den anderen Gesellschaftern spräche. Auch die Geschäftsführer bleiben doch stets Gesellschafter, und nur diese Eigenschaft kommt rechtlich in Betracht, wenn sie als Mitglieder der die Gesellschaft bildenden Personenmehrheit in Rechtbeziehungen zur Geschäftsführungshandlung eines anderen Gesellschafters treten. Selbstredend können

[1]) Also im Falle des § 709 B. G. B.

auch unter den geschäftsführenden Gesellschaftern als solchen Rechte und Pflichten zur Diskussion stehen, so z. B. über die von allen erteilte Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, über die Befragung der Minorität, über das Widerspruchsrecht, kurz über alle solche Fragen, die sich auf die Abgrenzung der einzelnen Geschäftsführungsbefugnisse beziehen. Sobald indes die Wirkung einer Handlung gegen die Gesellschaft selbst (gemeint sind hier nur die Wirkungen im internen Verhältnis der Sozien zueinander, nicht zu dritten Personen) in Frage steht, tritt auch bei den Geschäftsführern ihre unverlierbare Qualität als Gesellschafter in den Vordergrund.[1])

Wenn nunmehr in nachfolgendem die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters behandelt werden, so ist daran festzuhalten, daß unsere Erörterungen auf alle Arten der Geschäftsführung Anwendung finden, und daß unter den übrigen Gesellschaftern gleichermaßen solche zu verstehen sind, die selbst zur Geschäftsführung befugt, wie auch solche, die davon ausgeschlossen sind.

Für die Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters zu den übrigen Gesellschaftern ist in erster Linie das Gesellschaftsverhältnis maßgebend, denn nur insoweit finden bestimmte Vorschriften über den Auftrag Anwendung, als sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein Anderes ergibt.[2]) Es ist also nach dem einzelnen Fall zu beurteilen, ob die Vorschriften über den Auftrag überhaupt herangezogen werden können; der Gesellschaftszweck sowie insbesondere die zur Erreichung dieses Zweckes erforderliche Tätigkeit der Geschäftsführer wird den geeigneten Maßstab in dieser Beziehung bilden. Es ist nicht zu verkennen, daß durch die gewählte Fassung des mehrerwähnten Paragraphen eine gewisse Rechtsunsicherheit geschaffen worden ist, denn stets werden die verschiedenen Parteien je nach ihrem Interessenstandpunkte aus dem Gesellschaftsverhältnisse zu ihren Gunsten Schlüsse zu ziehen versuchen. Deshalb wird dringend zu raten sein, wenigstens bei wichtigeren Sozietäten im Gesellschaftsvertrage eingehende Vorschrif-

[1]) Nach der gegnerischen Auffassung kommt § 713 nur bei der übertragenen Geschäftsführung zur Anwendung, also jedenfalls auch dann, wenn alle Gesellschafter in der Weise zur Geschäftsführung berufen sind, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist. Auch in solchen Fällen werden demnach Rechte und Pflichten des handelnden gegen die übrigen Geschäftsführer anerkannt, und es wird damit zugegeben, daß letztere in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter in Betracht kommen können. Was hier recht ist, muß aber gleichfalls für die kollektive Geschäftsführung (gemäß § 709) billig sein, und es erscheint wenig stichhaltig, wenn Goldmann-Lilienthal a. a. O. die nur kollektiv berechtigten Geschäftsführer nicht als „übrige" Gesellschafter gelten lassen wollen, während sie eine solche Eigenschaft bei den nach § 711 berechtigten Geschäftsführern offensichtlich nicht in Abrede stellen.

[2]) § 713 B. G. B.

ten gerade über die Rechtsstellung der geschäftsführenden Gesellschafter zu treffen, nur so werden Streitigkeiten nach Möglichkeit vermieden. Daß die Vertragschließenden hierzu in weitem Umfange berechtigt sind, ergibt sich einmal aus dem Wesen des Gesellschaftsrechts als eines größtenteils dispositiven Rechtsinstituts, sodann folgt jene Bewegungsfreiheit aber zu Evidenz aus der Fassung: „soweit nicht das Gesellschaftsverhältnis ein Anderes ergibt". Hiermit ist u. E. gesagt, daß selbst noch so auftragsähnliche Verhältnisse nach gänzlich anderen Gesichtspunkten geregelt werden können, ja es erscheint nicht ausgeschlossen, daß ausdrücklich alle Mandatsgrundsätze für unanwendbar erklärt werden. Es muß zugegeben werden, daß diese unsere Auffassung nur dann ganz zweifelsfrei aus dem zit. Paragraphen folgen würde, wenn dort anstatt von dem Gesellschafts„verhältnis" vom Gesellschafts„vertrage" die Rede wäre. Man könnte der Ansicht sein, daß nur solche Mandatsmodifikationen zulässig wären, die aus dem sich durch den Gesellschaftszweck ergebenden Wesen der Gesellschaft mit Notwendigkeit folgten, indes scheint uns dies nicht zwingend zu sein, schon mit Rücksicht darauf, daß die anzuwendenden Rechtsgrundsätze doch nur innerhalb eines engbegrenzten Personenkreises Wirksamkeit haben sollen, dem man es, falls nicht allgemein gültige moralische oder wirtschaftliche Bedenken entgegenstehen, überlassen muß, seine Rechtsbeziehungen beliebig zu regeln. Mit Rücksicht auf diese Sachlage wird man dem § 713 nur eine ganz allgemeine, wir möchten fast sagen aushilfsweise Bedeutung beizulegen haben. Ja, seine Bestimmungen werden u. U. nicht ausreichen, einen konkreten Rechtsfall zu entscheiden, falls der Gesellschaftsvertrag keine ergänzenden Vorschriften enthält. Bei der Mannigfaltigkeit der möglichen Gesellschaftsbildungen wäre es nicht angängig gewesen, eingehendere Rechtsnormen aufzustellen; ein Verzicht auf kasuistische Regelung war ein nobile officium des Gesetzgebers, dringende Notwendigkeit wird es aber deshalb für die vertragschließenden Gesellschafter sein, die so geschaffene Bewegungsfreiheit sachgemäß zu benutzen, ne quid detrimenti capiat societas.[1]) Uebrigens enthält das Gesetz selbst eine besonders wichtige Bestimmung, die modifizierend auf die auftragsähnliche Rechtslage des geschäftsführenden Gesellschafters einwirkt. Soweit nämlich einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch er-

[1]) Wir haben unsere rechtliche Auffassung über die Bedeutung der Worte „soweit . . . . ergibt" deshalb des breiteren zum Ausdruck gebracht, weil diese, soweit ersichtlich, in der gesamten Literatur bisher überhaupt keine eingehende Kritik gefunden haben. Gerade wegen der eminenten praktischen oder besser streitvorbeugenden Bedeutung, welche einer genauen vertraglichen Normierung der in Frage stehenden Rechtsbeziehungen zukommt, glaubten wir uns in der Darlegung unserer Auffassung nicht beschränken zu sollen.

mächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertrrten.[1]) Es wird also die Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters wesentlich davon ihr Gepräge erhalten, ob ihm solche Vertretungsbefugnis eingeräumt ist oder nicht. Während in ersterem Falle alle von ihm abgeschlossenen Geschäfte — natürlich soweit er innerhalb seiner Befugnis handelt — unmittelbar für und gegen die übrigen Gesellschafter wirken, wird der vollmachtslose Geschäftsführer stets allein Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Er kann nur verlangen, daß die übrigen in die von ihm abgeschlossenen Geschäfte eintreten.

Bei der Fülle der möglichen Gesellschaftsverhältnisse erscheint es nicht angängig, darzulegen, wieweit im einzelnen Falle andere Vorschriften als die über den Auftrag Platz greifen, und unsere Darstellung der Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters wird sich deshalb auf den gesetzlichen Normalfall zu beschränken haben, wonach die Mandatsbestimmungen der §§ 664 bis 670 maßgebend sind. Diese Vorschriften kommen indes nicht prinzipiell, sondern nur im Wege der Analogie zur Anwendung; die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters ist stets nur auftragsähnlich, niemals aber ein Auftrag selbst.[2]) Sodann ist es auch nur ein beschränkter Kreis von Vorschriften, der dem Auftragsverhältnis entnommen ist, insbesondere fehlt das für das Mandat unerläßliche Kennzeichen der Unentgeltlichkeit[3]) und die jederzeitliche Widerruflichkeit durch den Auftraggeber bezw. Kündigung durch den Beauftragten.[4]) Die nicht ausdrücklich für anwendbar erklärten sonstigen Bestimmungen über den Auftrag können auch nicht im Wege der Analogie herangezogen werden.[5])

Im einzelnen stellen sich die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter wie folgt dar:

2. Recht und Pflicht zur Geschäftsführung.

Grundlegend für das ganze hier in Frage kommende Rechtsverhältnis sind u. E. das Recht und die Pflicht des Geschäftsführers zur Geschäftsführung. Die Gesellschafter haben einen Anspruch darauf, daß die zur Geschäftsführung Berufenen auch tätig werden, und daß so dem Zweck der Gesellschaft nachgestrebt wird. Mögen alle kollekliv oder alle jeder für sich zu handeln berechtigt sein, mögen einzelnen oder nur einem die Befugnisse zur Geschäftsführung zustehen, immer wird man von jedem damit Betrauten ver-

---

[1]) § 714 B. G. B.
[2]) Vergl. das oben Ausgeführte und Staudinger zu § 713 I.
[3]) § 662 B. G. B.
[4]) § 671 B. G. B.
[5]) So die Unentgeltlichkeit des Auftrags als Beleg für die Unentgeltlichkeit der Geschäftsführung.

langen können, daß er seine oberste Pflicht gegen die Gesellschaft erfüllt: daß er für sie tätig wird. Oftmals werden es allerdings die Verhältnisse mit sich bringen, daß der Geschäftsführer gewisse Handlungen, die an sich zu seinem Ressort gehören, zurzeit nicht vornehmen wird. Er muß die Geschäfte der Gesellschaft so führen, als wenn es seine eigenen wären,[1]) er muß handeln, aber auch abwarten können. Beides ist ein Ausfluß seiner Pflicht zur Geschäftsführung. Es erscheint uns nicht ausgeschlossen, daß ein geschäftsführender Gesellschafter u. U. von anderen gleichberechtigten Geschäftsführern[2]) zu Handlungen angehalten wird, die diese selbst auszuführen berechtigt sind, die sie aber zurzeit nicht vornehmen können. Hier zeigt es sich besonders deutlich, daß die betreffenden Geschäftsführer nicht als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter das Verlangen stellen, ja sogar u. U. stellen müssen. Zu den Geschäftsführungsakten kann ein solches Verlangen schwerlich gerechnet werden, wenigstens enthält das Gesetz keine Andeutung darüber, daß ein Geschäftsführer gewissermaßen als Vorgesetzter des anderen bestellt werden kann. Es dürfte dies u. E. auch dem Wesen der Geschäftsführung widersprechen, deren Erfüllung doch stets ein Ausfluß freier Willensentschließung sein soll, und es würde den solchermaßen verpflichteten Geschäftsführer in die Stellung eines Untergebenen herabwürdigen. Ganz anders liegt indes die Sache, wenn der Gesellschaftszweck ein Tätigwerden erfordert und ein oder alle Gesellschafter darauf hinwirken, daß von zuständiger Seite aus das Erforderliche geschieht. Dann stehen die betreffenden Gesellschafter eben als Repräsentanten der an sich rechtlosen gesellschaftlichen Persönlichkeit deren Organ gegenüber und halten es zu seinen Pflichten an; in einer Unterwerfung unter diesen Gesellschaftswillen dürfte nichts mit der selbständigen Geschäftsführung eines Geschäftsführers Unvereinbares zu finden sein.

Für die Frage, ob ein geschäftsführender Gesellschafter seinen Verpflichtungen zur Geschäftsführung nicht nachgekommen ist, mag er nun eine Handlung fälschlicherweise vorgenommen oder unterlassen haben — und ob er hierfür schadenersatzpflichtig ist, ist maßgebend, ob er diejenige Sorgfalt angewendet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (708 B. G. B.). Der Beweis, daß er unrichtig vorgegangen ist, liegt den übrigen Gesellschaftern ob; Sache des Geschäftsführers wird es dann sein, darzutun, daß er auch in eigenen Dingen nicht sorgsamer verfährt. Indes wird ihn dieser Nachweis dann nicht entlasten, wenn er grobfahrlässig oder gar vorsätzlich zum Schaden der Gesellschaft aufgetreten ist (§ 277 B. G. B.). Hat der Geschäftsführer eine Hand-

[1]) § 708 B. G. B.
[2]) Z. B. im Falle des § 711 B. G. B.

lung trotz Mahnung der übrigen Gesellschafter vorgenommen oder unterlassen, und stellt sich später heraus, daß sein Verhalten zum Schaden der Gesellschaft ausgelaufen ist, so wird hierin meist eine grobe Fahrlässigkeit zu finden und ein Regressanspruch zugunsten der Gesellschaft gesichert sein. Man wird dem Geschäftsführer schwerlich zubilligen können, daß er sich hinter die Ausrede flüchtet, in eigenen Angelegenheiten auch wohlgemeinte Ratschläge stets in den Wind zu schlagen und deshalb ersatzfrei zu sein; eine derartige Leichtfertigkeit ist stets als grobfahrlässig zu betrachten. Durch das Recht der einzelnen Gesellschafter, die Geschäftsführer zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten, ist den Sozien eine wichtige Waffe in die Hand gegeben, die Haftung eines gewissenlosen und leichtsinnigen Geschäftsführers zu verschärfen, selbst wenn sie es unterlassen haben sollten, im Gesellschaftsvertrage die nötigen Sicherungsmaßregeln zu treffen. Oftmals ist eine längere Zeit erforderlich, um den Charaktar und die Verläßlichkeit eines Geschäftsführers zu erproben; das einzige Mittel, ihn regelmäßig zum Schadenersatz heranziehen zu können, wird dann sein, daß ihn die übrigen Sozien zur Erfüllung seiner Pflichten ermahnen. Nicht minder oft wird aber ein Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht zustande kommen, wenn darin von vornherein eine verschärfte Haftung – also etwa für jede Art von Fahrlässigkeit – des Geschäftsführers statuiert würde, ja eine solche Verschärfung wäre bei dem für jede Art der Gesellschaft unerläßlichen Vertrauensverhältnis der einzelnen Mitglieder in vielen Fällen wenig wünschenswert. Hier wird sich die eminente Bedeutung des Mahnungsrechtes der einzelnen Gesellschafter zu bewähren haben; dieses Recht wird oftmals dazu beitragen, ungesunde Zustände völlig zu beheben, und einen liederlichen Geschäftsführer anhalten, seinen Pflichten ordnungsmäßig nachzukommen.

Das, was von der Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters bezüglich seiner Pflicht zur Geschäftsführung ausgeführt worden ist, gilt in gleicher Weise auch für die Frage, ob er wegen unsachgemäßer Behandlung eines Geschäftes zur Verantwortung gezogen werden kann. Auch bei der Ausführung eines Geschäftes muß es jedem Gesellschafter zugestanden werden, seine Ansichten dem Geschäftsführer gegenüber zum Ausdruck zu bringen, selbst dann, wenn die betreffenden Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, oder wenn ihnen dieselbe entzogen worden ist. Es soll nicht verkannt werden, daß dieses Zugeständnis gewisse Belästigungen für den geschäftsführenden Gesellschafter nach sich ziehen kann, aber diese Unbequemlichkeiten stehen in keinem Verhältnis zu dem Schaden, der der Gesellschaft erwachsen würde, wollte man jenes Mahnungsrecht schmälern. Es wird hierdurch ja auch keineswegs in die Geschäftsführung eingegriffen, vielmehr steht es dem geschäftsführenden Gesellschafter völlig frei, auf die warnende Stimme der Gesellschafter zu hören oder nicht; nur für die

Haftungsfrage ist – wie ausgeführt – eine vorgängige Mahnung von Bedeutung. Und da der Anspruch auf Schadenersatz jedem Sozius als Repräsentant der Gesellschaft zuzubilligen ist, so muß ihm auch das Recht eingeräumt werden, diesen Anspruch in größtmöglichem Umfang zu sichern.

Es erscheint uns nicht zweifelsfrei, ob sich das Mahnungsrecht für einen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter aus der Vorschrift des § 716 B. G. B. ableiten läßt, wonach sich solche Sozien von den Angelegenheiten persönlich unterrichten dürfen. Allerdings wäre eine derartige Orientierung über den Geschäftsgang völlig zwecklos, wenn sie je nach Lage der Sache nicht gewisse Prohibitivmaßregeln wie Kündigung und dergl. im Gefolge haben könnte, und zu solchen Maßregeln ist auch zweifellos das mehrerwähnte Mahnungsrecht zu zählen. Trotzdem scheint uns eine Subsummierung dieses Rechtes unter die den ausgeschlossenen Gesellschaftern vorbehaltenen Befugnisse nicht angängig zu sein, da jene Befugnisse gewissermaßen ein schwacher Ueberrest aus dem großen Wirkungskreise der Geschäftsführung darstellen, während das hier in Rede stehende Mahnungsrecht mit der Geschäftsführung als solcher nichts zu tun hat, sondern ein für den Bestand und das Fortkommen der Gesellschaft unerläßliches Schutzrecht ist. Aus diesem Grunde geht es u. E. für den einzelnen Gesellschafter auch dann nicht verloren, wenn seine Kontrollrechte in Gemäßheit des Abs. 2 § 716 B. G. B. vereinbarungsgemäß ausgeschlossen oder beschränkt worden sind. U. E. ist es unzulässig, auch das Mahnungsrecht eines Gesellschafters auszuschließen oder zu beschränken. Denn dieses Recht ist ja nicht so sehr eine dem Nutzen des einzelnen Gesellschafters dienende Befugnis als vielmehr eine der Gesamtheit der Gesellschafter, also der Gesellschaft, zugute kommende Schutzmaßregel und deshalb ein wesentlicher Bestandteil der gesellschaftlichen Grundrechte.

Es soll indes nicht verschwiegen bleiben, daß unsere Auffassung im Gesetz eine positive Stütze nicht findet; auch aus der Literatur können wir keine Gewährsmänner nennen. Es hängt dies jedoch damit zusammen, daß die hier von uns behandelte Frage, von deren Wichtigkeit wir überzeugt sind, bisher überhaupt noch nicht erörtert worden ist. Die von uns gegebene Entscheidung kann und will deshalb nicht unbedingte Gültigkeit beanspruchen. Sie soll mehr eine Auffindung als eine Lösung des Problems geben und dazu beitragen, eine der vielen noch nicht endgültig feststehenden Grundsätze des Gesellschaftsrechts zu klären.

3. Uebertragungsverbot.

Es liegt im Wesen der Geschäftsführung als eines höchstpersönlichen Vertrauensverhältnisses begründet, daß der damit Betraute seine Befugnisse, sei es in einzelnen Beziehungen, sei es im ganzen,

nicht ohne weiteres auf Dritte übertragen kann. (§ 713 i. Verb. § 664 B. G. B.). Diese im Zweifel verbotene Uebertragung ist indes nur dann vorhanden, wenn der Geschäftsführer einen Dritten als selbständiges, willenbildendes Subjekt, gleichsam als Nebengeschäftsführer einsetzen wollte, nicht hingegen, wenn er eine mehr oder minder genau vorgezeichnete Handlung durch einen Dritten ausführen läßt. Man wird in analoger Anwendung der betr. Vorschrift über den Auftrag als gesetzliche Regel statuieren müssen, daß das, was dort unter nichtübertragbarem Auftrag verstanden ist, hier durch die Worte „Befugnis zur Geschäftsführung im ganzen oder in einzelnen Teilen" zu ersetzen ist. Wollte man es für unzulässig erklären, daß ein geschäftsführender Gesellschafter andere Personen, seien es Gesellschafter oder völlig fremde Dritte, mit der Ausführung einzelner Geschäfte auftragsweise betraut, so wäre damit die Tätigkeit des Geschäftsführers in vielen Fällen lahmgelegt. Wenn es ihm auch schlechthin gestattet ist, Gehilfen jederzeit zuzuziehen (§ 664 Abs. 1 Satz 3 B. G. B.), so dürfte doch oftmals die unselbständige Stellung eines Gehilfen nicht ausreichen, die gesteckten Ziele zu erreichen. Auch widerstrebt es nicht selten den tatsächlichen Verhältnissen, die Tätigkeit eines anderen als Gehilfsschaft anzusehen, so wenn z. B. ein Baumeister auf Aufforderung des dazu berechtigten geschäftsführenden, indessen völlig unsachkundigen Gesellschafters ein Haus erbauen soll und dergl. Hier wird man weder von der Uebertragung der Geschäftsführungsbefugnisse noch auch von bloßer Gehilfsschaft sprechen dürfen, vielmehr würde hier ein Werkvertrag vorliegen, dessen Erledigung von dem Geschäftsführer bei seiner Anstellung gar nicht erwartet worden ist und auch nicht erwartet werden konnte. Nach dem Gesagten bleibt deshalb im Einzelfall wohl zu untersuchen, ob eine Uebertragung im Sinne des Gesetzes vorliegt, oder ob die Zuziehung von Dritten sich als Gehilfsschaft oder endlich als ein Auftrag bezw. auftragsähnliches Verhältnis darstellt. Ergibt die sachgemäße Prüfung, daß eine unzulässige Uebertragung der Geschäftsführung vorliegt, so ist der geschäftsführende Sozius den übrigen Gesellschaftern in vollem Umfange schadensersatzpflichtig. Er haftet dann nicht nur für jedes eigene Verschulden bei Auswahl seines Substituten, sondern auch für jede culpa des letzteren, und zwar kann er sich nicht auf die beschränkte Haftung des § 708 B. G. B. berufen, denn diese gilt nur für Handlungen innerhalb der gesellschaftlichen Befugnisse; soweit diese überschritten werden, kommt die Stellung als Gesellschafter nicht mehr in Betracht. Selbst dann ist diese weite Haftung gegeben, wenn die von dem Substituten vorgenommene Handlung lediglich durch einen unglücklichen Zufall mißglückt, ja sogar dann, wenn sie auch von dem geschäftsführenden Gesellschafter selbst nicht anders hätte ausgeführt werden können. Denn der ungehorsame Geschäftsführer hat nach altgemeinen Grundsätzen die Folgen seines Verschuldens schlechtweg zu tragen, kein Zufall und keine

höhere Gewalt befreien ihn davon. Diese Konsequenz seines pflichtwidrigen Handelns mag im Einzelfall außerordentlich hart erscheinen, sie ist aber in der Sache selbst begründet und deshalb gerecht.

So weitgehend einerseits die Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters für verbotswidrige Uebertragung ist, so gering wird sie anderseits, wenn er befugterweise einen Substituten einsetzt. In diesem Falle hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, und zwar wiederum nur insoweit, als er in eigenen Angelegenheiten bei der Auswahl sorgsamer verfahren wäre. Mag der Substitut noch so nachlässig seinen Verpflichtungen obliegen, das verschlägt nichts, wenn dem Geschäftsführer der Exkulpationsbeweis gehöriger Aufmerksamkeit bei der Auswahl gelingt.[1] [2] Anders liegen die Verhältnisse bei Zuziehung eines Gehilfen. Hierzu ist der geschäftsführende Gesellschafter wie bereits ausgeführt – in jedem Falle berechtigt, ja u. U. sogar verpflichtet. Seine Haftung beschränkt sich indes nicht bloß auf die sorgfältige Auswahl des Gehilfen, vielmehr hat er dessen Verschulden in gleichem Umfange wie eigenes zu vertreten, doch kann ihm die Haftung für vorsätzliche Pflichtverletzung des Gehilfen durch die anderen Gesellschafter im Voraus erlassen werden. (§§ 664 und 278 B. G. B.). In letzterer Beziehung ist er also besser gestellt, als wenn er die Handlung selbst vorgenommen hätte, in jeder anderen Hinsicht hat er wie für eigenes Handeln einzustehen. Dabei richtet sich auch der Umfang des von ihm zu vertretenden Verschuldens nach den früher erörterten Grundsätzen der culpa in concreto, so daß der Geschäftsführer nur dann haftbar gemacht werden kann, wenn sein Gehilfe nachlässiger als er selbst verfahren ist.

4. Abweichung von Anweisungen.

In dem Gesellschaftsvertrage wird regelmäßig der Wirkungskreis des geschäftsführenden Gesellschafters näher bestimmt sein; auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, so wird doch der Gesellschaftszweck in dieser Hinsicht den nötigen Aufschluß geben. Selbst bis in die kleinsten Einzelheiten kann dem Geschäftsführer die Marschroute vorgezeichnet sein. An sie ist er gebunden und nur in Ausnahmefällen zur Abweichung von ihr berechtigt. Die vertraglich festgelegte Normierung der Geschäftsführung wird man in analoger Anwendung der entsprechenden Vorschriften über den Auftrag (§ 665 B. G. B.) als die „Weisungen“ anzusehen haben, nach denen sich der Geschäftsführer zu richten hat, und als den

[1]) Auch hier wird eine vorgängige Mahnung eines Gesellschafters, den betreffenden Substituten nicht zu wählen, die Haftung des Geschäftsführers verschärfen.

[2]) Allerdings müssen die regreßnehmenden Gesellschafter prinzipiell dartun, daß bei der Auswahl schuldhaft verfahren worden ist.

Auftraggeber die Gesamtheit der Gesellschafter, also auch den Geschäftsführer selbst. Hieraus folgt, daß der geschäftsführende Gesellschafter für die von ihm als solchem vorgenommenen Handlungen sich weder um die Weisung anderer Geschäftsführer zu kümmern hat, noch auch um Wünsche der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter. Die Ansicht Dernburgs,[1]) der Geschäftsführer habe nach den Weisungen der Nichtgeschäftsführenden nichts zu fragen, erscheint demnach nicht umfassend genug und findet bei sachgemäßer Auslegung der gesetzlichen Vorschriften keine Stütze.[2])

Es sei darauf hingewiesen, daß es sich hier nur um die Frage handelt, ob der Geschäftsführer rechtlich verpflichtet ist, einseitigen Weisungen Folge zu leisten; nicht aber darum, ob er im eigensten Interesse gut tun wird, solche Weisungen zu beachten, um späteren Schadensersatzansprüchen vorzubeugen. Diese beiden Gesichtspunkte haben an sich nichts miteinander zu tun und beruhen auf völlig verschiedenen rechtlichen Grundlagen, wenn auch der Anstoß zu den jeweiligen Erwägungen in beiden Fällen derselbe ist; nämlich die Aufforderung eines Gesellschafters, ein Geschäft in bestimmter Weise zu erledigen. (Anweisung.) Des weiteren sei zur Klarstellung hervorgehoben, daß auch Aufträge, die ein Geschäftsführer auf Verlangen eines anderen u. U. zu erledigen hat, nicht unter die hier in Frage stehende Vorschrift fallen, wenn solche Fälle auch praktisch nach denselben Grundsätzen (d. h. denen des Auftrags § 665 B. G. B.) zu beurteilen sind, so bleibt doch theoretisch der grundlegende Unterschied, daß als Auftraggeber der einzelne Geschäftsführer und nicht die Gesellschaft, d. h. die gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, auftritt. Nach den jeweiligen Weisungen dieses individuellen Auftraggebers hat sich der in Anspruch genommene Geschäftsführer dann als Beauftragter, nicht in seiner vorerwähnten Eigenschaft zu richten. Auch hier wird die juristische Unterscheidung oftmals sehr schwierig sein.

Von ihn rechtlich bindenden Anweisungen der Gesellschaft darf der Geschäftsführer abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß die Gesellschaft bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Vorher hat er jedoch allen Gesellschaftern Anzeige zu machen und ihre Entschließung abzuwarten. Auch ohne solche Anzeige darf er nach eigenem Gutdünken han-

---

[1]) § 358 III. 3, S. 619.

[2]) Es wird Dernburg a. a. O. zuzugeben sein, daß bei der Uebertragung der Geschäftsführung ein anderes bestimmt werden kann, doch wird man im Einzelfall zu prüfen haben, ob durch die Zulässigkeit jederzeitiger Weisungen die Stellung des sogenannten Geschäftsführers nicht in die eines Beauftragten herabgemindert wird, während der andere als eigentlicher Geschäftsführer zu betrachten ist. Nicht die Wortbezeichnung, sondern die tatsächliche Machtfülle gibt hier den Ausschlag.

deln, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. (§ 665 B. G. B.) Wenn auch durch diese Vorschrift der Initiative des Geschäftsführers ein weiter Spielraum gelassen ist, so findet seine Bewegungsfreiheit doch ihre Grenze in dem Umfang, der seinem Wirkungskreise vertraglich vorgeschrieben ist. Die Linien, die ihm in dieser Hinsicht gezogen sind, darf er unter keinen Umständen überschreiten, tut er es doch, so begibt er sich für diesen Fall seiner Rechte als Geschäftsführer und ist als ein unberufener Eindringling wie jeder Dritte zu behandeln, der sich in Angelegenheiten der Gesellschaft einmischt. Daß eine solche Einmischung u U. geboten ist, verschlägt nichts für die juristische Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsführer in dieser seiner Eigenschaft tätig geworden ist; auch bei noch so pflichtgemäßem Verhalten ist er stets nur als auftragloser Geschäftsführer mit dessen geminderten Ansprüchen zu beurteilen.[1])

Wann ein geschäftsführender Gesellschafter für Handlungen innerhalb seines Wirkungskreises den Umständen nach annehmen darf, daß die Gesellschafter bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würden, ist Tatfrage. Maßgebend ist für die etwaige spätere Haftung das subjektive Verhalten des Geschäftsführers bei Prüfung der näheren Umstände. Verfährt er hierbei so sorgsam wie in eigenen Dingen, so hat er seiner Pflicht genügt. Durch die regelmäßig abzuwartende Entschließung der Gesellschafter wird allerdings der Geschäftsführer oftmals entlastet werden, wenigstens soweit es sich darum handelt, ob das jeweilige Geschäft überhaupt vorzunehmen war. Dies trifft jedoch nicht unbedingt in allen Fällen zu. Geschäftsunkundige Mitglieder werden sich u. E. darauf verlassen müssen, daß ihnen nur solche Abweichungen vorgeschlagen werden, die nach sachkundiger Prüfung sich als notwendig erwiesen haben. Ihre Entschließung wird meist auf die Vorschläge des Geschäftsführers eingehen, und dieser haftet deshalb bei Fehlschlagen des zugestimmten außergewöhnlichen Geschäfts auch dann, wenn in seinem Vorschlage bereits eine Pflichtwidrigkeit lag. Man wird an dieser etwas weitgehenden Haftung festhalten müssen, weil sonst die in § 665 B. G. B. gegebenen zweifachen Voraussetzungen für Abweichungen in ihrer Wechselwirkung unverständlich blieben. Denn es ist nicht abzusehen, weshalb für den Geschäftsführer eine genaue Prüfung aller Umstände erforderlich wäre, wenn er durch die Entschließung der Gesellschafter von den Folgen verletzter Prüfungspflicht befreit würde. Das was der sachkundige Geschäftsführer bei Kenntnis der Sachlage erkennen muß, wird für die unkundigen Gesellschafter vielfach ein Buch mit sieben Siegeln sein, so daß deren Zustimmung mehr ein Ausfluß ihres Vertrauens als sachlicher Ueberlegung ist. Wollte man infolge der zustimmen-

[1]) Staudinger, § 665, Ziff. 5, S. 530.

den Entschließung der übrigen Gesellschafter zu einer bedingungslosen Entlastung der Geschäftsführer kommen, so wäre diesen damit ein bequemes Mittel an die Hand gegeben, die Verantwortung für zweifelhafte Geschäfte überhaupt von sich abzuwälzen. Sie brauchten einfach vorher beispielsweise unter besonders vorteilhaft scheinender Begründung die Zustimmung der übrigen Sozien einzuholen, um gegen Regreßansprüche gedeckt zu sein. Ein derartiges Umgehen seiner Verantwortung wäre jedoch das notwendige unerträgliche Ergebnis der gegenteiligen Rechtsauslegung.

Während nach dem Gesagten dem geschäftsführenden Gesellschafter regelmäßig bei Abweichungen von Weisungen der gedachten Art eine doppelte Haftpflicht obliegt, ist er im Falle, daß die betr. Handlung keinen Aufschub duldet, von der vorherigen Anzeige an alle Gesellschafter befreit. Je nach Lage der Sache wird er wenigstens einem in der Nähe befindlichen Sozius Kenntnis seiner Pläne zu geben haben; doch auch dies ist u. U. nicht erforderlich. Ob eine Handlung als dringlich zu erachten war oder nicht, wird wiederum nach den für jeden Gesellschafter geltenden Haftungsgrundsätzen zu entscheiden sein. Selbst wenn die zustimmungslose Vornahme eines Geschäfts sich hiernach als zulässig erweist, wird der Geschäftsführer doch stets verpflichtet bleiben, den übrigen Gesellschaftern sobald als möglich die Sachlage mitzuteilen. Dies scheint uns einmal in der Sache selbst begründet zu sein, folgt aber auch aus der generellen Pflicht des Geschäftsführers, den Sozien die erforderlichen Nachrichten zu geben. (§ 666 B. G. B.)

Die zustimmende oder ablehnende Entschließung der Gesellschafter braucht nicht in einer gemeinsamen Zusammenkunft getroffen zu werden. Sie hat auch nichts mit der bei kollektiver Geschäftsführung erforderlichen Zustimmung gemein, denn letztere ist ein notwendiger Faktor, damit ein gültiger Willensakt überhaupt zustande kommen kann, während die Entschließung im letzten Grunde nur eine Sicherungsmaßregel für die Gesellschafter ist, die auf die Gültigkeit der Handlung indes keinen Einfluß hat. Man wird zur Gültigkeit der Entschließung nicht die für vertragliche Abmachungen etwa vorgeschriebenen Formen verlangen dürfen. Denn wir haben es hier nicht mit einer Aenderung des Gesellschaftsvertrages zu tun, wie beispielsweise bei einer Neuregelung der Geschäftsführung, sondern mit einer für den Einzelfall zugelassenen Modifikation der vertraglichen Abmachungen, die im übrigen unberührt bleiben und unverändert fortbestehen.

Durch die Befugnis des geschäftsführenden Gesellschafters, unter gewissen Voraussetzungen von den gegebenen Weisungen abzuweichen, ist ihm die Möglichkeit gegeben, das u. U. höchst folgenschwere Verbot der Geschäftsübertragung (§ 664) in einzelnen Fällen inhaltslos zu machen; man wird dann die sonst unzulässige Uebertragung für statthaft erachten müssen (wenn es nämlich ge-

boten scheint, von den diesbezüglichen Weisungen, welche die Uebertragung an sich verbieten, abzuweichen), wodurch die Haftung des Geschäftsführers auf die engbegrenzte culpa in eligendo beschränkt wird. Auch diese Abweichung von dem generellen Verbot bedeutet keine dauernde Modifikation des Gesellschaftsvertrages und bedarf nicht der hierzu vorgeschriebenen Förmlichkeiten.

Es ist Sache der Rechtsauslegung, ob sich die Vornahme eines Geschäftes als „Abweichung" darstellt, oder ob sie als weitergehende Maßnahme zu betrachten ist, die überhaupt nicht mehr in den Rahmen der auch nur möglichen Geschäftsführungsbefugnisse fällt. Wichtig wird diese genaue Unterscheidung, wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Handlung vorgenommen hat, ohne die Entschließung der übrigen abzuwarten, weil Gefahr im Verzuge lag. Denn wenn sich das Geschäft tatsächlich nur als eine Abweichung von der gegebenen Marschroute darstellt, werden es die Gesellschafter anerkennen müssen, verneinendenfalls ist der Handelnde nur ein auftragloser Geschäftsführer mit dessen geminderten Rechten. Man wird den geschäftsführenden Gesellschafter dafür beweispflichtig erachten müssen, daß er nur von seiner Instruktion abgewichen ist, die übrigen Gesellschafter haben dann u. U. den Gegenbeweis zu führen, daß ein völlig unzulässiger Uebergriff vorliegt.

5. Orientierung der Gesellschafter.

Welche Nachrichten im übrigen erforderlich sind, läßt sich generell nicht entscheiden. Es wird dies vornehmlich von der Art der abgeschlossenen Geschäfte, insbesondere davon abhängen, ob diese zu dem regelmäßigen Betrieb gehören oder nur ausnahmsweise vorkommen. Dies zu entscheiden, wird meist Sache eines feinen Verantwortlichkeitsgefühls sein, ohne daß eine unbedingte Haftung wegen Pflichtversäumnis wirksam erreicht werden kann. Es wird sich empfehlen, in dieser Beziehung im Gesellschaftsvertrage nähere Abmachungen zu treffen, beispielsweise zu bestimmen, daß monatliche Geschäftsübersichten angefertigt oder wenigstens mündlich vorgetragen werden. Gerade für die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter ist dies von größter Wichtigkeit, denn in dem Verzicht auf die Geschäftsführung wird regelmäßig auch die Zustimmung liegen, nur die allernotwendigsten Mitteilungen über den Geschäftsgang zu erhalten, ja den Geschäftsführer gänzlich davon zu entbinden. Anders bei den etwaigen sonstigen Geschäftsführern. Selbst wenn der Wirkungskeis der einzelnen völlig verschieden ist, wird doch eine fortlaufende gegenseitige Berichterstattung als erforderlich zu erachten sein, denn wenn auch die Tätigkeit der einzelnen verschieden ist, ihr Ziel ist dasselbe, und jeder muß über die Wege des anderen unterrichtet sein, um zweckdienliche Entschlüsse zu fassen. Gerade hierfür ist die Benachrichtigung unerläßlich und die gesetzliche Verpfichtung dazu von größter Wichtigkeit.

Um die übrigen Gesellschafter über die Geschäftslage stets auf dem Laufenden zu halten, muß der Geschäftsführer ihnen auf Verlangen Auskunft erteilen. Art und Umfang dieser Verpflichtung bestimmt sich wieder nach dem Einzelfall. Zwar sind zu häufige, insbesondere chikanöse Anfragen unzulässig, doch werden die Gesellschafter wohl berechtigt sein, auch solche Auskünfte einzufordern, die nicht gerade unbedingt erforderlich sind. Anderenfalls wäre die Vorschrift der Auskunfserteilung überflüssig, da bereits durch die Pflicht der Benachrichtigung ihr Zweck erreicht würde.

Gewissermaßen als notwendiges Resumée der bisher gegebenen Nachrichten und Auskünfte hat der Geschäftsführer nach Ausführung seiner Geschäfte Rechenschaft abzulegen (§ 666 in Verb. mit § 713 B. G. B.), und zwar nach jedem einzelnen Geschäfte, soweit eine zahlenmäßige Abrechnung überhaupt möglich ist, nicht etwa nach Ablauf des Geschäftsjahres oder seiner Geschäftsführung überhaupt. Es soll eben den übrigen Gesellschaftern ein klares Bild über den Verlauf und das endgültige Ergebnis aller wichtigeren Geschäfte gegeben werden, und dazu genügt nicht eine erst nach langen Monaten erfolgende Generalabrechnung. Nachricht und Auskunft über den Verlauf eines Geschäftes wäre in vielen Fällen zwecklos, wenn nicht auch das fertige Geschäft klargelegt wird. Letzteres ist unabweisbare Konsequenz des ersteren.

Während diese unsere Auffassung von der Mehrzahl der Schriftsteller geteilt wird,[1]) findet sich auch die Ansicht,[2]) die Rechnungslegung habe nach Maßgabe des § 721 B. G. B. erst nach Auflösung der Gesellschaft bezw. erst am Schluß eines jeden Geschäftsjahres zu erfolgen. Wir können dem nicht beitreten. § 666 spricht von Rechnungslegung, während im § 721 der Ausdruck Rechnungsabschluß gebraucht wird. Beide Begriffe sind keineswegs identisch. Einmal ist bei der scharfen Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuches von vorneherein nicht anzunehmen, daß es für dieselbe Sache zwei verschiedene Bezeichnungen wählt, sodann ergibt aber auch der Zusammenhang der zitierten Paragraphen, daß zwei grundverschiedene Fälle gemeint sind. Wie bereits ausgeführt, bildet die Rechnungslegung gewissermaßen das Resumée der vorausgegangenen Nachrichten und Auskünfte und steht im engsten Zusammenhang mit ihnen. Daß eine Auskunft bezw. Benachrichtigung für jedes einzelne Geschäft vorgeschrieben ist, scheint auch von der Gegenseite nicht bezweifelt zu werden und ist wohl kaum in Abrede zu stellen. Es verstieße gegen jedes System einheitlicher Ausdrucksweise, wenn nun im letztaufgeführten Falle der Rechnungslegung der Begriff „Geschäft" eine ganz andere Bedeutung erhielte als einige Worte vorher. (Im § 666 ist allerdings von der Rechen-

[1]) Knoke, S. 68, Anm. 2. Goldmann-Lilienthal, S. 750, Anm. 50 u. a.
[2]) Oertmann, § 713 2c. Staudinger, das. 1c.

schaft über die Ausführung des Auftrags die Rede, doch wird man, da es sich hier um die Geschäftsführung handelt, anstelle des Wortes „Auftrag" das Wort „Geschäft" setzen müssen.) Rechnungsabschluß bedeutet im Zusammenhang des § 721 diejenige kontokorrentartige Aufstellung, auf Grund deren die Verteilung des Gewinnes und Verlustes verlangt werden kann. Sie ist also die endgültige Abrechnung der Gesellschafter untereinander. Es hat seinen guten Grund, diese zeitraubenden Abschlüsse nur für einen größeren Zeitraum zuzulassen, schon mit Rücksicht auf die Gläubiger, die sich aus dem unverminderten Gesellschaftsvermögen leichter befriedigen können, als wenn sie bei jedem einzelnen Gesellschafter zu ihrem Gelde zu kommen versuchen müssen.

Man wird den Gegensatz der hier in Frage stehenden Maßregel vielleicht zweckmäßig so ausdrücken dürfen: Die Rechnungslegung dient zur Kontrolle der einzelnen Geschäfte, während der Rechnungsabschluß den geldlichen Effekt einer ganzen Reihe von vorher kontrollierten Geschäften zum Ausdruck bringen soll. Erstere ist eine interimistische, letztere hingegen eine definitive Maßnahme. Ein nicht geringer Teil der einzelnen Posten des Rechnungsabschlusses wird regelmäßig bereits Gegenstand der Rechnungslegung gewesen sein, so daß also gewissermaßen eine doppelte Prüfung der wichtigeren Geschäfte stattfindet. Daß eine Handlung, die bei der Rechnungslegung unbeanstandet geblieben ist, bei dem endgültigen Abschlusse doch moniert werden und zur Haftung verpflichten kann, scheint nicht bedenkenfrei, während anderseits eine völlige Entlastung des Geschäftsführers vor dem geldmäßigen Abschluß seiner Tätigkeit den praktischen Bedürfnissen gleichfalls wenig gerecht werden dürfte. Man wird deshalb bei der Entscheidung der Frage, in welchem Verhältnis die Rechnungslegung zum Rechnungsabschluß für doppelt aufgeführte Geschäfte steht, eine unbedingte Lösung nicht geben können. Der offensichtliche Zweck des Abschlusses als einer ziffernmäßigen Erledigung dürfte indes einen Fingerzeig für die Richtung der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung beider Begriffe bieten. Das, was durch die Rechnungslegung bereits Billigung der Gesellschafter gefunden hat, dürfte als anerkannt gelten; die wirtschaftliche Erledigung des Geschäftes hingegen, so insbesondere die Art und Weise, wie der verantwortliche Geschäftsführer einen zahlungsschwachen Gegenkontrahenten zur Erfüllung seiner Pflichten angehalten, wie er selbst diesem gegenüber seine eigenen Pflichten erfüllt hat, das alles dürfte beim Rechnungsabschlusse einer eingehenden Prüfung unterzogen werden. Die letztgenannten Erhebungen lassen sich ja überhaupt gar nicht bereits nach Ausführung des einzelnen Geschäftes anstellen, sondern sind Begleiterscheinungen, die häufig erst nach Monaten auftreten. Man denke beispielsweise an den Kauf oder Verkauf einer mangelhaften Sache: ausgeführt ist der Kaufvertrag u. E. bereits durch die

Willenseinigung der Parteien, völlig abgewickelt bis in seine letzten Konsequenzen nicht selten weit später. Bei Streitigkeiten zwischen dem geschäftsführenden und den übrigen Gesellschaftern, ob eine Beanstandung durch voraufgegangene Rechnungslegung unzulässig geworden ist, wird man dem Geschäftsführer den Beweis für die bereits erfolgte Entlastung auferlegen müssen, denn grundsätzlich besteht seine Vertretungspflicht bis zum Generalabschluß unbeschränkt, für Ausnahmen hiervon ist er nach allgemeinen Grundsätzen beweispflichtig. Meist wird es in der Hand des Richters liegen, hier die eigentliche Entscheidung zu treffen, denn es wird mehr Auslegungs- als Tatfrage sein, wie im Einzelfall die erfolgte Rechnungslegung zu beurteilen ist.

Es erscheint nach den speziellen Vorschriften über die Rechte der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter (§ 716 B. G. B.) zweifelhaft, ob diesen überhaupt die im § 666 B. G. B. vorgesehenen Rechte zustehen, und ob nicht vielmehr jene speziellen Vorschriften das Maximum ihrer Befugnisse darstellen, weitergehende Rechte ihnen aber nicht zuzubilligen sind. Diese Auffassung ist u. E. gesetzlich wohl zu begründen, denn die Auftragsregeln finden ja nur insoweit Anwendung, als nicht das Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt. Auch bedeuten die hier dem Auftraggeber zugestandenen Rechte gegenüber den im § 716 vorgesehenen Befugnissen des nichtgeschäftsführenden Gesellschafters ein bedeutendes Mehr von Machtvollkommenheit; denn während in jenem Falle der Geschäftsführer tätig werden muß (er hat, wie ausgeführt, Nachrichten zu geben, Auskünfte zu erteilen und Rechenschaft abzulegen), ist er in diesem nur verpflichtet etwas zu dulden, nämlich daß sich der Nichtgeschäftsführende von den Angelegenheiten persönlich unterrichtet, die Geschäftsbücher einsieht und sich eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigt. U. E. kommt indessen der letzgedachten Vorschrift (§ 716) jene einschränkende Bedeutung nicht zu; sie stellt nicht das Höchst-, sondern vielmehr nur das Mindestmaß der dem nichtgeschäftsführenden Gesellschafter eingeräumten Befugnisse dar. Absolut zwingende Gründe dürften sich für unsere Auffassung nicht anführen lassen, doch dürften auch für die gegenteilige Anschauung schwerlich solche zu finden sein. Insbesondere gibt die Fassung des mehrerwähnten Paragraphen u. E. weder nach dieser noch nach jener Richtung einen bestimmten Anhalt.[1]) Es wird deshalb Sache des juristischen Geschmacks sein,

[1]) § 716, Abs. 1, B. G. B. lautet: „Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen." Irgendwelcher Zusatz, daß ihm weitere Rechte nicht zustehen, fehlt. Die dem Nichtgeschäftsführer hier eingeräumten Befugnisse stellen gewissermaßen einen Ausschnitt aus dem

welcher Auslegung man sich anschließen will. Wenn wir uns zu der dem geschäftsführenden Gesellschafter ungünstigen Auffassung entschließen, so geschieht das hauptsächlich aus praktischen Erwägungen.[1]) Die Gesellschaft ist doch ihrer Bestimmung nach ein Institut, das einen bestimmten Zweck verfolgt, zu dem grundsätzlich alle Gesellschafter hinstreben sollen. Zwar kann und wird in den meisten Fällen die hierzu erforderliche Arbeitsleistung nur auf wenigen Schultern ruhen, die Augen aller Gesellschafter müssen aber geöffnet sein und klar das Ziel erkennen, das der Gesamtheit vorschwebt. Die Möglichkeit hierzu muß allen in weitestem Umfange gegeben sein, dadurch wird nicht dem einzelnen, sondern der Gesamtheit gedient, also auch im letzten Grunde dem Geschäftsführer selbst. Alle Vorschriften, die in dieser Richtung für das Interesse der Gesamtheit, mit anderen Worten zur Förderung des Gesellschaftszweckes gegeben sind, müssen deshalb u. E. in vollem Umfange zur Anwendung kommen und erheischen loyalste Interpretation. Da, wo nicht mit klaren Worten eine unzweideutige Einschränkung gemacht ist, sind auch wir nicht berechtigt, eine solche vorzunehmen. Was für normale Verhältnisse uns dienlich erscheint, haben wir deshalb bei unserer Rechtsauslegung zu berücksichtigen. Im Normalfall wird es aber für die Gesellschafter von größtem Nutzen sein, wenn alle Mitglieder einen Ueberblick über die Geschäftslage erhalten, so daß jeder an seinem Teile mithelfen kann. Wie sollte dies aber beispielsweise möglich sein, wenn ein Gesellschafter weit von dem Orte der Geschäftsführung entfernt wohnt und sich lediglich durch eigene Maßnahmen über das Schicksal der Gesellschaft unterrichten könnte? Will man hier die Verpflichtung des Geschäftsführers zur selbsttätigen Benachrichtigung usw. leugnen, so stehen die Befugnisse des Nichtgeschäftsführenden einfach auf dem Papier; das Gesetz läßt ihn im Stich.

---

großen Wirkungskreise der Tätigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters dar, aber nur einen Ausschnitt seiner Rechte. Lediglich bezgl. dieser dürfte unserem Paragraphen deshalb eine einschränkende Bedeutung beizumessen sein; die Pflichten bleiben hier gänzlich außer Betracht, also auch die Kehrseite dieser Pflichten, d. h. die Rechte, die eben den übrigen Gesellschaftern zustehen, zu deren Gunsten die Pflichten auferlegt sind. Solche Rechte bilden ja auch gar nicht einen Teil der Geschäftsführung, sie sind im Gegenteil die negative Seite derselben. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter ist hiernach zweifacher Rechtsträger aus ganz verschiedenen Gründen. § 716 billigt ihm eine abgeschwächte Geschäftsführung zu, während er die aus §§ 713 und 666 folgenden Rechte besitzt, weil er gerade mit der Geschäftsführung nichts zu tun hat. Im ersteren Falle stehen ihm die Rechte wegen seiner allerdings bis auf ein Minimum beschränkten Geschäftsführung, in letzterem jedoch gegen die unbeschränkte seines Mitgesellschafters zu.

[1]) Wie hier — doch ohne Begründung — Knocke, S. 68. A. M. Staudinger, § 716, 1a; Oertmann, § 716, 3; Planck, § 716, 2. Diese Schriftsteller äußern sich allerdings nicht über die Beziehungen der hier in Frage stehenden Paragraphen.

6. Herausgabepflicht.

Das, was wir über die Notwendigkeit einer weitherzigen Interpretation der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ausgeführt haben, gilt in besonderem Maße auch für die Auslegung der Bestimmung über die Herausgabepflicht des geschäftsführenden Gesellschafters. Dieser hat den übrigen Gesellschaftern alles herauszugeben, was er zur Ausführung des Geschäftes erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt (§ 667 B. G. B.). Auch hier dürfte als Zeitpunkt der Herausgabe grundsätzlich der Abschluß des einzelnen Geschäftes zu betrachten sein und nicht erst die endgültige Erledigung der gesamten Geschäftsführung. Es gilt in dieser Hinsicht alles das, was wir über das Verhältnis von Rechnungslegung zum Rechnungsabschluß gesagt haben;[1]) auch die Herausgabe ist nur dann von praktischem Wert und oftmals überhaupt möglich, wenn sie unmittelbar nach den einzelnen Geschäften erfolgt. Sie schließt sich eng an die Rechnungsablegung an und bildet deren teilweise Realisierung. Auch wenn keine Rechnungslegung stattgefunden hat, bleibt der Geschäftsführer zu gleichem Verhalten verpflichtet, desgleichen verschlägt es nichts, ob er in eigenem Namen oder ausdrücklich als Stellvertreter der übrigen Gesellschafter gehandelt hat.[2]) Man wird unserer Auffassung nicht entgegenhalten können, daß durch ihre praktische Anwendung die Abwicklung der Gesellschaftsgeschäfte, die doch, so verschiedenartig sie untereinander auch sein mögen, immer als ein einheitlicher Komplex zu betrachten sind, ungebührlich erschwert, ja geradezu vereitelt würde, indem durch die Herausgabe dieser oder jener Werte die Leistungsfähigkeit des Geschäftsapparates geschwächt würde. Alles, was herauszugeben ist, fällt ja nicht an die einzelnen Gesellschafter, sondern an das Gesellschaftsvermögen; dieses steht jederzeit zur Disposition für neue Unternehmungen. Dem Zwecke der Gesellschaft wird in hervorragendem Maße gerade durch die von uns vertretene Auslegung gedient, während bei einer periodenweise erfolgenden Herausgabe für lange Zeit große Vermögensmassen dem Gemeininteresse entzogen bleiben könnten. Nach der von uns reprobierten Auslegung wäre der Geschäftsführer nicht verpflichtet, eher die Erträgnisse selbst der wichtigsten Geschäfte dem Ganzen zuzuführen, als bis der langwierige definitive Rechnungsabschluß erfolgt wäre. Ein geradezu verhängnisvoller Schwebezustand, dessen Konsequenzen kaum zu übersehen sind.

Gegenstand der Herausgabepflicht können sowohl Sachen, also körperliche Dinge, als auch Rechte sein. Letzteres wird in der Literatur nur für das „aus der Geschäftsbesorgung Erlangte“ be-

---

[1]) a. M. Oertmann, § 713, 2d; Staudinger, § 713, 1d, die auch hier die Herausgabe erst nach Rechnungsabschluß für erforderlich halten.

[2]) Crome, S. 616ff.

sonders anerkannt,[1]) doch dürfte kaum etwas im Wege stehen, daß dem Geschäftsführer zur Ausführung seiner Obliegenheiten auch besondere Rechte, wie z. B. Patent- und Urheberrechte, übertragen werden, die er später wieder abzutreten hat. Es ist selbstverständlich, daß der geschäftsführende Gesellschafter das zur Geschäftsführung Erhaltene nur insoweit zurückzugeben hat, als es nicht bestimmungsgemäß durch die Ausführung des Geschäftes aufgebraucht worden ist.[2]) Die Fassung des Gesetzes ist in dieser Hinsicht wenig sachgemäß und erklärt sich nur aus dem Bestreben, die gesamte Herausgabepficht in einem Satze zu erledigen. Immerhin wird man mit Rücksicht auf die einmal gewählte Fassung daran festhalten müssen, daß der geschäftsführende Gesellschafter nur das allernotwendigste aufbrauchen darf und zur gewissenhaften Abrechnung verpflichtet ist; insbesondere hat er über jede einzelne Aus-Ausgabe genaue Nachweise zu führen. Es ist im Gesetze nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß außer den Hauptgegenständen auch deren Nebenwerte herauszugeben sind, so insbesondere Zubehör, Nutzungen und Zuwachs. (§§ 97, 100 B. G. B.) Absichtlich hat man davon abgesehen, dies durch eine speziellere Fassung der betr. Vorschrift besonders hervorzuheben, weil man fürchtete, durch solch kasuistische Regelung Zweifel zu erregen.[3]) Wie weit diese Begründung stichhaltig ist, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls unterliegt es keinem Zweifel,[4]) daß die erwähnten Gegenstände gleichfalls von der allgemein gehaltenen Vorschrift betroffen werden. Zweifelhaft erscheint es jedoch, ob der geschäftsführende Gesellschafter verpflichtet ist, Geschenke und Extravergütungen an das Gesellschaftsvermögen herauszugeben. Soweit ersichtlich, ist bisher von keinem der neueren Schriftsteller diese Frage speziell für den Fall des geschäftsführenden Gesellschafters behandelt worden, vielmehr sind durch generellen Hinweis auf die angezogenen Bestimmungen über den Auftrag die dort gegebenen Erläuterungen einfach in Bezug genommen. Es dürfte sich erübrigen hier darzutun, wie die Meinungen in dieser Hinsicht in einzelnem begründet werden. Besonders ausführlich wird die Frage von Staudinger[5]) behandelt. Dieser Schriftsteller ignoriert allerdings die von Dernburg[6]) für das neue Recht vertretene modifizierte Auffassung völlig, wonach gelegentlich der Ausführung des Auftrags erhaltene Geschenke nicht herauszugeben sind, und bemängelt nur Dernburgs schroffe Lehre für das gemeine Recht. Die besondere Vertrauensstellung

---

[1]) Oertmann, § 667b, Staudinger § 667, 2.
[2]) Oertmann und Staudinger a. a. O.
[3]) Mot. S. 539.
[4]) Oertmann, § 667, 1b, Staudinger, das. 3, Planck, das. 2, Prot. II S. 8469 u. a.
[5]) § 667, 1b.
[6]) II, S. 424, Anm. 20.

des geschäftsführenden Gesellschafters scheint eine unbedingte Anwendung der Mandatsgrundsätze nicht zuzulassen und bedarf einer besonderen Berücksichtigung. Man mag über Geschenke und Extravergütungen an Beauftragte denken, wie man will; daß ein Gesellschafter solche annimmt, ist nach unserer Auffassung in jedem Falle für unzulässig zu erachten. Stets werden derartige vor Abschluß eines Geschäftes erwiesene „Aufmerksamkeiten" den Zweck verfolgen, die beschenkte Person für den Geber günstig zu stimmen, und dieser Zweck wird bei Annahme des Geschenkes regelmäßig auch erreicht. Die nötige Unbefangenheit geht für den Betreffenden verloren, er wird leicht geneigt sein, den splendiden Kavalier einem anderen Bewerber vorzuziehen, ohne daß die Güte der Angebote genau gegen einander abgewogen wird. Seiner obersten Pflicht, den Zweck der Gesellschaft nach besten Kräften zu fördern, sich als dienendes Glied dem Ganzen anzuschließen, wird er so bewußt oder unbewußt untreu. Die Annahme der gedachten Zuwendung ist deshalb u. E. als eine grobe Pflichtwidrigkeit zu betrachten und kann, je nach Lage des Falles, zur Ausschließung des geschäftsführenden Gesellschafters führen. Als geeignetes Analogon für unsere — manchem vielleicht etwas zu strenge — Auffassung möchten wir auf die Bestimmungen des Strafgesetzbuches hinweisen, denenzufolge ein Beamter sogar strafbar wird, wenn er für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt. (§ 331 St. G. B.) Doch nur, weil die Beamteneigenschaft eine Vertrauensstellung ganz besonderer Art bedeutet, ist diese strenge Vorschrift gegeben, und wir sind wohl berechtigt, auch für andere Vertrauensposten daraus unsere rechtlichen Schlüsse zu ziehen. Ist hiernach die Entgegennahme irgendwelcher Zuwendungen seitens des geschäftsführenden Gesellschafters unzulässig, so folgt aus der Natur der Sache, daß er das pflichtwidrig Empfangene nicht für sich behalten darf, sondern herausgeben muß, geradeso wie alles übrige, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Es widerstrebt uns in etwa, solche pflichtwidrig angenommenen „Trinkgelder" gleichfalls zur Kategorie des durch die Geschäftsführung Erlangten zu rechnen, denn nicht durch, sondern entgegen seinem ordnungsmäßigen Verhalten hat der Geschäftsführer jene Vorteile erlangt. Mit Rücksicht auf den praktischen Erfolg bleibt indessen kein anderer Weg, da sonst der unzuverlässige Geschäftsführer kaum zur Herausgabe angehalten werden könnte.

Eine Rückforderung der Gratifikation, als einer gegen die guten Sitten verstoßenen Leistung, durch den Gratifikanten wird regelmäßig ausgeschlossen sein, da diesem meist der gleiche Verstoß zur Last fällt. (§ 817 B. G. B.) Hat er nicht gewußt, daß der Beschenkte für die Gesellschaft auftrat, so wird er gleichfalls kein Rückforderungsrecht haben, da der Zweck der Leistung, wie er

unter den Parteien feststand, in solchem Falle gar nicht gegen die guten Sitten verstoßen hat. Während hiernach der Geschenkgeber in keinem Falle seine Zuwendungen zurückerhalten, der Beschenkte sie aber gleichfalls nicht selbst behalten kann, können die Gesellschafter das auf Grund von Gratifikationen zustande kommende Geschäft u. U., als gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig erachten. (§ 138 B. G. B.) Es dürfte dies eine zwar harte, aber gerechte Konsequenz der unlauteren Manipulationen des Gegenkontrahenten sein. Eine nach Abschluß des Geschäftes gewährte, vorher nicht in Aussicht gestellte Vergütung seitens des anderen Teiles wird man indes dem geschäftsführenden Gesellschafter zuerkennen müssen, sie bildet gewissermaßen eine Anerkennung seiner persönlichen Betätigung; nachträglich bewilligte Rabatte und sonstige Erlasse jeder Art gehören selbstredend nicht hierher und kommen deshalb dem Gesellschaftsvermögen zugute.

Eine Frage von allergrößter Wichtigkeit scheint uns zu sein, wann die solchergestalt vom Geschäftsführer herauszugebenden Gegenstände, mögen es Sachen, Forderungen, Ansprüche oder Rechte irgendwelcher Art sein, gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden. (§ 718 B. G. B.) Mit anderen Worten, ob sie bereits vor der Herausgabe durch den geschäftsführenden Gesellschafter oder erst nach dieser dem Vermögen zuzurechnen sind und somit gesamthänderisches Eigentum aller Gesellschafter werden. Die Entscheidung hierüber ist deshalb von so hervorragender Bedeutung, weil der Zugriff der Privatgläubiger des geschäftsführenden Gesellschafters in die fraglichen Gegenstände unzulässig ist, sobald diese dem Gesamtvermögen zuzurechnen sind,[1]) während anderseits die Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung für Gesellschaftsschulden schwerer erreichen können, wenn sie, was allerdings angängig ist, sich aus dem Vermögen des einzelnen Gesellschafters befriedigen wollen. Je nachdem man den geschäftsführenden Gesellschafter vor der Herausgabe als Inhaber (d. h. bei Sachen als Eigentümer, bei Forderungen als Forderungsberechtigten, bei Ansprüchen, z. B. Patentrechten, als Rechtsträger) der betr. Gegenstände ansieht, wird man sich nach der einen oder anderen Seite zu entscheiden haben. Hierbei scheint uns von grundsätzlicher Bedeutung zu sein, ob es sich um Dinge handelt, die der geschäftsführende Gesellschafter zur Ausführung des Geschäftes erhalten, oder um solche, die er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Alles, was ihm aus Mitteln der Gesellschaft zur Erfüllung seiner Obliegenheiten gewährt wird, dürfte u. E. grundsätzlich auch weiterhin, also auch solange es zur alleinigen Verfügung des geschäftsführenden Gesellschafters steht, trotzdem nicht aus dem Ge-

[1]) Gierke im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 19, S. 125.

sellschaftsvermögen in der Art ausscheiden, daß die betr. Gegenstände in das Eigentum bezw. eine diesem entsprechende Machtbefugnis des betrauten Gesellschafters übergehen. Dazu gehören insbesondere auch vertretbare Sachen und solche, die durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung ihren Eigentümer allzuleicht verlieren können. (§§ 91, 966 ff. B. G. B.) Falls nicht ausdrücklich ein anderes vereinbart ist, wird man um deswillen zu der von uns vertretenen Auffassung gelangen müssen, weil so dem Gesellschaftszweck am besten gedient bleibt. Denn je größer das Gesellschaftsvermögen ist, umsomehr ist die Gesellschaft in ihrem Bestande gesichert, und eine Schwächung dieses ihres Lebensnervs kann mangels unzweideutiger Vereinbarung sämtlicher Mitglieder unter keinen Umständen aus dem Gesellschaftsvertrage als stillschweigende Abmachung herausgelesen werden. Eine solche Schwächung würde aber, wie vorher klargelegt worden ist, in der Uebertragung der Gesellschaftsgegenstände auf den geschäftsführenden Gesellschafter liegen, da dessen Privatgläubigern der Zugriff offenstände. Will der geschäftsführende Gesellschafter seinen Pflichten gewissenhaft nachkommen, so wird er sein Privatvermögen von den ihm anvertrauten Gesellschaftsgegenständen zu scheiden haben, so daß er jederzeit in der Lage ist, unzweideutig diese Trennung dartun zu können. Ganz besonders dringend ist diese Treupflicht für Gesellschaftsgelder, und gerade in dieser Beziehung mag im Leben oftmals gefehlt werden. Wir verkennen nicht, daß die von uns geforderte gesonderte Kassenführung in zahlreichen Fällen äußerst schwierig ist, zumal für weniger geschäftsgewandte Leute. Aber im Zwecke der Gesellschaft ist sie begründet und deshalb unabweisbar. Wir sind der Auffassung, daß selbst dann die von uns geforderte Separatverwaltung von dem geschäftsführenden Gesellschafter zu beobachten ist, wenn alle übrigen Sozien aus mangelnder Rechtskenntnis mit dem Uebergang der überantworteten Gegenstände in sein Privatvermögen bei nachträglicher Befragung einverstanden wären. Ja, gerade in einem solchen Falle muß der allein Kundige zu Nutz und Frommen der Schwächeren seines Amtes walten. Nur, wenn alle Gesellschafter also auch der, welcher die Geschäfte führt — in gleicher Unkenntnis befangen sind und ihren Leiter als unumschränkten Machthaber ansehen und demgemäß schalten lassen, wird man ihnen durch das Gesetz keine Stütze mehr bieten können. Denn es bleibt doch stets zu beachten, daß der Gesellschaftszweck immer nur aus den Einzelinteressen der Sozien zusammengesetzt ist, und daß, falls die einzelnen sämtlich diese Interessen verkennen, auch kein Grund vorliegt, sie in ihrer Gesamtheit zu schützen.

Nur bei einem getreuen Haushalter wird indes die aus dem Gesellschaftszweck gefolgerte Erhaltung des Gesellschaftsvermögens gesichert sein; ein ungetreuer kann sowohl die ihm anvertrauten

Gegenstände direkt für sich verwenden als auch durch pflichtwidrige Vereinigung mit seinem Vermögen dem Zugriff seiner Gläubiger preisgeben. Hier helfen weder Satzungen noch Gesetzesparagraphen.[1])

Wenn der geschäftsführende Gesellschafter für die Gesellschaft tätig geworden und hierdurch in den Besitz irgendwelcher Gegenstände gelangt ist, so hat er diese, wie bereits ausgeführt, gleichfalls an die Gesellschafter herauszugeben. Es unterliegt keinem Zweifel, daß letzterer, i. e. der Gesamtheit der Gesellschafter, bereits vor der Herausgabe das Eigentum oder das diesem entsprechende Vollrecht dann zusteht, wenn der Gesellschafter den Dritten erkennbar als Vertreter der Gesellschaft behandelt hat. Denn in solchem Falle wirken seine Willensäußerungen unmittelbar für und gegen die von ihm vertretene Gesellschaft (§ 164, 2). Tritt dagegen der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so wird nach der Ansicht der meisten Schriftsteller[2]) der geschäftsführende Gesellschafter selbst aus seiner Tätigkeit berechtigt und verpflichtet; ihm steht also das Eigentum an den erworbenen Sachen zu, er ist Gläubiger der Forderungen und Inhaber sonstiger Rechte. Es ist zuzugeben, daß diese Rechtsauffassung sich mühelos in das System der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Gesetzbuchs einfügt und deshalb nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist. Wenn wir uns ihr trotzdem nicht anschließen können, so geschieht dies aus vorwiegend praktischen Erwägungen, die in dem Wesen des Gesellschaftsrechts ihre Stütze finden dürften. Während die herrschende Lehre von den allgemeinen Vorschriften über die Vertretung ausgeht und ihnen das Gesellschaftsrecht unterordnet, legen wir das größte Gewicht auf den besonderen Fall der gesellschaftlichen Ge-

---

[1]) Vergl. Schloßmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 43, S. 515. Dieser kommt, gestützt auf verschiedene Quellenstellen, zum gleichen Resultat und fast seine Untersuchungen wie folgt zusammen:

„Das Eigentum an den Geldstücken, die der Mandant dem Mandatar zur Ausführung des Auftrags übergibt, verbleibt dem Mandanten. Es müßte denn vereinbart sein, daß der Mandatar schlechthin zur Verwendung einer der dem empfangenen Betrage gleichkommenden Geldsumme verpflichtet werden soll. Was hier vom Gelde gesagt ist, das gilt selbstverständlich auch für Inhaberpapiere und überhaupt für alle vertretbaren Sachen .... Die Regelung der Eigentumsverhältnisse, die übrigens nichts anderes ist als die Konsequenz aus den allgemeinen Grundsätzen von Erwerb und Verlust des Eigentums, entspricht auch in vollem Maße den Interessen der Beteiligten. Dem Mandanten, das erfordert m. E. die Gerechtigkeit, darf ohne seinen Willen das Eigentum an den dem Mandatar übergebenen Sachen nicht entzogen werden. Anderseits darf dem Mandatar die Gefahr für das Empfangene wider seinen Willen nicht auferlegt werden."

Vergl. Oertmann, § 667, 1 a, S. 701.

[2]) R. G., Bd. 54, S. 106; Dernburg, § 359, I 2 und Anm. 2; Staudinger, § 713, d 2; Goldmann-Lilienthal, S. 758, Ziff. 3; besonders aber Planck, § 718, 1 b, der hier vertretenen Anschauung Oertmann, § 718, 2 b, und der von diesem zitierten Beyer Surrogation.

schäftsführung; diese ist unser Ausgangspunkt und ihr gestehen wir die Kraft zu, modifizierend auf allgemeine Rechtsnormen einzuwirken, entsprechend dem auch heute noch gültigen Satze, daß jedes Sondergesetz vor generellen Bestimmungen den Vorzug verdient.

Gemäß § 718 B. G. B. werden außer den Beiträgen der Gesellschafter auch die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesamtvermögen). Aus den Worten „durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben" geht unserer Ansicht nach deutlich hervor, daß es bei dem Erwerbe ausschließlich auf den Willen der Geschäftsführer ankommen soll, ob die Gesellschaft unmittelbar Träger der Rechte und Pflichten wird oder nicht. Eine auch nach außen hin erkennbare Dokumentierung dieses Willens wird mit der gedachten Vorschrift u. E. nicht erfordert, denn es handelt sich hier nur um das Verhältnis der Geschäftsführung und ihrer praktischen Erfolge zur Gesellschaft. Drittinteressenten sind völlig außer acht gelassen und finden erst durch ergänzende Vorschriften weiterhin Berücksichtigung. (§ 720 B. G. B.) Durch die von uns vertretene Auffassung dürfte den gesellschaftlichen Verhältnissen am besten gedient sein, ohne daß die Rechte Dritter irgendwie geschmälert werden. Es wird wohl kaum in Abrede gestellt werden können, daß das Institut der gesellschaftlichen Geschäftsführung den eigentlichen Lebensnerv der Sozietät überhaupt bildet und mit ihr in so engem Zusammenhang steht, wie ein solcher in sonstigen Fällen, wo jemand für einen anderen handelt, nicht gegeben ist. Alles, was ein geschäftsführender Gesellschafter in dieser seiner Eigenschaft unternimmt, geschieht doch zur Repräsentation der Gesellschaft, und es kann billigerweise nicht erfordert werden, daß dies nun bei jeder Handlung auch nach außen besonders kundgegeben wird. Oftmals werden es ideelle Erwägungen sein, die eine solche Kundgebung als wenig wünschenswert erscheinen lassen, so z. B. dann, wenn der Gegenkontrahent vielleicht persönlich Gegner eines Mitgesellschafters ist oder von der Mitgliedschaft dieses oder jenes Sozius keine Kenntnis erlangen soll. Es wäre eine unbillige Erschwerung des Geschäftsganges, wollte man in solchen und ähnliche Fällen eine unmittelbare Vergrößerung des Gesellschaftsvermögens leugnen; auch für den Drittkontrahenten wäre hiermit gar nichts gewonnen. Denn er bleibt bei Unkenntnis der wahren Rechtslage stets gedeckt (§ 720 B. G. B.), und wir sind deshalb durchaus berechtigt, die gesetzlichen Bestimmungen lediglich mit Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaft auszulegen. Ist der Gegenkontrahent nicht Schuldner, sondern Gläubiger, so wird er allerdings nur dem geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber berechtigt werden, falls dieser nicht erkennbar für die Gesamtheit der Sozien auftritt. Hier liegt der Fall des § 164, Abs. 2, B. G. B. vor.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß der geschäftsführende Gesellschafter auch selbst als alleinberechtigter Kontrahent in Frage kommen kann, ja es kann dies für alle Geschäfte vertraglich vorgesehen sein. Ist dies nicht vereinbart, dann wird der Wille, für das Gesellschaftsvermögen unmittelbar zu erwerben, grundsätzlich zu präsumieren sein und im Zweifelsfall dem geschäftsführenden Gesellschafter der Beweis obliegen, daß er für sich selbst hat handeln wollen.

Eine wichtige Stütze findet die von uns vertretene Auffassung in der mehrerwähnten Bestimmung (§ 720 B. G B.), wonach die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs. 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen der Schulder erst dann gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt. Gesetzlich wird also anerkannt, daß eine Forderung zum Gesellschaftsvermögen gehören kann, auch ohne daß der Schuldner darum weiß; nur sollen diesem aus seiner Unkenntnis keine Nachteile erwachsen. Es erscheint willkürlich und in der Sache selbst nicht begründet, wenn man diese Möglichkeit lediglich für den Fall zulassen will, daß alle Gesellschafter zur Geschäftsführung gemeinsam berufen sind und dementsprechend gehandelt haben,[1]) denn hierdurch wird die ganz allgemein gegebene Vorschrift auf einen bestimmten Fall beschränkt, ohne daß dies im Gesetze selbst zum Ausdruck gebracht ist. Der stete Hinweis der die herrschende Meinung verteidigenden Schriftsteller auf die Vorschriften über die Stellvertretung dürfte überhaupt wenig am Platze sein; bei dieser kommt es, so vorwiegend bei der indirekten Stellvertretung des § 164, Abs. 2, u. E. auf die Wirkungen nach außen an, hier handelt es sich aber um das Verhältnis des Geschäftsführers zu den übrigen Gesellschaftern, und dies ist eben besonders geregelt.

Wenig zwingend erscheint uns die vom Reichsgericht Bd. 54, S. 105 ff., vertretene Auffassung, derzufolge die Herausgabepflicht von Gegenständen, die aus der Geschäftsbesorgung erlangt sind, nur dann in Frage kommen soll, wenn der Beauftragte bezw. der Geschäftsführer als indirekter Stellvertreter gehandelt hat. Das Reichsgericht ist offenbar der Ansicht, daß bei unmittelbarem Rechtserwerb sich die Herausgabe erübrige, da der Vertretene die betreffenden Gegenstände bereits in seiner Machtsphäre habe. Tatsächlich wird indes der geschäftsführende Gesellschafter auch bei direkter Stellvertretung regelmäßig allein in der Lage sein, über die erworbenen Gegenstände zu bestimmen, so daß auch hier seine Pflicht zur Herausgabe an das Gesellschaftsvermögen von größter Bedeutung ist.[2])

[1]) Planck zu § 718 b.
[2]) Oertmann, § 667, Ziff. 2.

7. Zinspflicht.

Verletzt der geschäftsführende Gesellschafter seine Herausgabepflicht, so ist er nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 276, 823 ff., 249 ff. B. G. B.) zum Schadenersatze verpflichtet. Der Beweis des Schadens liegt den anderen Gesellschaftern ob, wird indes oftmals nur schwer zu führen sein. Wohl in dieser Erwägung hat das Gesetz angeordnet, daß der geschäftsführende Gesellschafter Geld, das er der Gesellschaft herauszugeben oder für sie zu verwenden hat, wenn er solches für sich selbst verwendet, von der Zeit der Verwendung an verzinsen muß. (§ 668 B. G. B.) Es ist hierbei gleichgültig, ob der Geschäftsführer gut- oder bösgläubig war, ob er mit dem Verbrauch seinen Vorteil bezweckte oder nicht, desgleichen, ob das Geld für die Gesellschaft ohne die Verwendung Zinsen getragen hätte oder nicht.[1]) All dies, insbesondere der böse Glaube, kommt nur dann in Frage, wenn ein höherer Schaden geltend gemacht wird. Sind solche die Haftung verschärfende Momente nicht gegeben, so hat der geschäftsführende Gesellschafter 4% Zinsen zu zahlen. (§ 246 B. G. B. u. § 668 B. G. B.) Die Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters, für sich verwendetes Geld stets zu verzinsen, stellt sich hiernach nicht als ein Ausfluß der Schadenshaftung dar, sondern beruht vielmehr auf einer Sondervorschrift, die deshalb auch keine ausdehnende Interpretation zuläßt. Lediglich bei Verwendung von Geld muß der geschäftsführende Gesellschafter, auch ohne daß ihn ein Verschulden trifft, seinen Mitgesellschaftern ein Aequivalent für den Verbrauch bieten, verwendet er andere Sachen in seinem Interesse, so hat er eine besondere Verbrauchsprämie nur dann zu leisten, wenn die allgemeinen Voraussetzungen zur Schadenshaftung gegeben sind.

Es wird nicht selten vorkommen, daß die Herausgabe eines Gegenstandes für den geschäftsführenden Gesellschafter tatsächlich oder rechtlich unmöglich geworden ist. Für seine Ersatzpflicht ist in solchen Fällen ausschlaggebend, ob die Unmöglichkeit auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruht oder nicht. Auch hier hat er für die in eigenen Angelegenheiten beobachtete Diligenz aufzukommen, wobei ihm der Beweis obliegt, daß er diese Sorgfalt im Einzelfalle angewandt hat und deshalb für die unmöglich gewordene Leistung nicht einzustehen braucht. (§§ 275, 708, 282 B. G. B.) Verschärft wird diese Haftung, wenn die Herausgabe durch eine unerlaubte Handlung des geschäftsführenden Gesellschafters unmöglich geworden ist. Dann hat dieser nämlich auch für den zufälligen Untergang, für eine aus einem anderen Grunde eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe sowie für eine zufällige Verschlechterung der Sache einzustehen, es sei denn, daß

[1]) Oertmann, Planck, Staudinger, § 668, Ziff. 1.

dies alles auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde.[1]) Die mancherlei Zweifelsfragen, welche gerade die überaus schwierige Lehre über unmöglich gewordene Leistungen im Gefolge hat, können hier im einzelnen nicht erörtert werden, da dies den Rahmen unseres Themas bei weitem überschreiten würde.[2])

8. Sicherstellung des geschäftsführenden Gesellschafters für seine Aufwendungen.

In unseren bisherigen Ausführungen haben wir vorwiegend die Pflichten behandelt, die dem geschäftsführenden Gesellschafter durch sein Amt auferlegt sind; diesen Pflichten stehen wichtige Rechte gegenüber und hiervon soll nunmehr die Rede sein.

Es ist bereits an anderer Stelle erwähnt worden, daß die Zulassung der Geschäftsführung zugleich das Recht in sich schließt, nun auch wirklich für die Gesellschaft tätig werden zu dürfen. Der Uebersichtlichkeit halber sei hier auf diese Berechtigung nochmals hingewiesen, wobei im übrigen die früheren Erörterungen ihrem gesamten Umfange nach in bezug genommen werden. Man wird nicht zuviel sagen, wenn man die hier in Rede stehende Befugnis als das Grundrecht des geschäftsführenden Gesellschafters überhaupt bezeichnet, als ein Recht, das ihn befähigt, im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft auch gegen den Willen ihrer einzelnen Mitglieder tätig zu werden und zu bleiben, ein Recht, das es den anderen Sozien unmöglich macht, ihren berufenen Leiter auszuschalten, um eigene Intentionen zur Durchführung zu bringen. So wichtig diese Befugnis zur Geschäftsführung aber auch sein mag, in vielen Fällen würde sie hinfällig werden, wäre dem damit Ausgezeichneten nicht auch die Möglichkeit gegeben, sich für materielle Opfer, die ihm in Ausübung jener Befugnis erwachsen, an dem Gesellschaftsvermögen schadlos zu halten. Auch in dieser Hinsicht kommen die entsprechenden Grundsätze über den Auftrag analog zur Anwendung, die im wesentlichen besagen, daß der geschäftsführende Gesellschafter für seine Aufwendungen sicherzustellen bezw. zu entschädigen ist.[3])

a) Begriff der Aufwendungen.

Unter „Aufwendungen" sind nach unbestrittener Lehre Vermögenswerte jeder Art zu verstehen, die zur Geschäftsbesorgung verwandt worden sind oder Verwendung finden sollen. In erster Linie wird hierher Geld zu rechnen sein, doch gehören gleicher-

[1]) § 848 B. G. B.

[2]) Staudinger, § 667, Ziff. 5.

[3]) §§ 713, 669 und 670. Wegen des für beide Fälle (des Vorschusses und des Ersatzes) gemeinsamen Begriffes der Aufwendung scheint eine detaillierte Angabe der zit. Vorschriften vorläufig nicht am Platze; diese bleibt einer späteren Besprechung vorbehalten, nachdem wir zunächst den Begriff „Aufwendungen" klargelegt haben.

maßen auch andere vertretbare und nicht vertretbare Sachen unter jenen Begriff; die Aufwendung besteht dann im Verbrauch oder der Veräußerung jener Dinge. Endlich können auch unkörperliche Gegenstände Objekt der Aufwendungen sein, so z. B. wenn der geschäftsführende Gesellschafter eine persönliche Verpflichtung für die Gesellschaft eingeht oder ein ihm zustehendes Recht etwa aufrechnungsweise im Interesse der Gesamtheit verwertet. Stets muß es sich aber um solche Dinge handeln, die den Vermögenswerten zuzurechnen sind. Man wird deshalb eine zur Ausführung des jeweiligen Geschäftes vollzogene Arbeitsleistung nicht als Aufwendung zu bezeichnen haben, denn die Arbeitskraft eines Menschen gehört richtiger Ansicht nach nicht zu dessen Vermögen im Rechtssinne.[1]) Die unsere Auffassung vertretenden Schriftsteller kommen, soweit sie die Subsummierung von Arbeitskraft unter den Begriff der Aufwendung abweisen, zu diesem Ergebnisse hauptsächlich durch die Erwägung, daß andernfalls die Unentgeltlichkeit jedes Auftrages, die ja ein notwendiges Erfordernis dieses Rechtsinstitutes ist (§ 662 B. G. B.), illusorisch gemacht würde, da doch vom Beauftragten wohl stets irgendwelche Arbeit zu leisten sei. U. E. kann indes dieses spezielle Bedenken nicht in Frage kommen, wenn es sich darum handelt, einen Begriff zu umgrenzen, der für die verschiedensten Rechtsinstitute des bürgerlichen Gesetzbuchs Verwendung gefunden hat, und von dem nach der sonst geübten strengen Terminologie des Gesetzes ohne weiteres anzunehmen sein dürfte, daß es in allen Fällen in gleicher Weise auszulegen ist. Wir glauben deshalb auch von einer Untersuchung darüber absehen zu dürfen, ob jenes Bedenken für den hier vorliegenden Fall der gesellschaftlichen Geschäftsführung gleichfalls gerechtfertigt ist. Präjudizierend für unsere Entscheidung würde sein, ob der geschäftsführende Gesellschafter für seine Tätigkeit eine Vergütung beanspruchen kann oder nicht, doch erübrigt sich hier, wie gesagt, jegliche Entscheidung, da zur Klarlegung eines generellen Begriffes Komplikationen nicht ausschlaggebend sein dürfen, die sich bei Anwendung dieses Begriffes auf ein einzelnes Rechtsinstitut möglicherweise ergeben könnten.

Wie ausgeführt, ist die Arbeitskraft eines Menschen nicht als ein Vermögensbestandteil zu betrachten; ein noch so gesunder und geschickter Arbeiter ist juristisch vermögenslos, wenn ihm nicht materielle Mittel irgendwelcher Art zur Verfügung stehen. Der Begriff der Anfwendung bedarf in dieser Hinsicht gegenüber seiner im täglichen Leben geläufigen Bedeutung einer Einschränkung, indem man von „aufgewendeter Mühe und Arbeit“ im Rechtssinne nicht sprechen kann, während dies nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eine nicht eben seltene Wortverbindung sein dürfte.

Lediglich freiwillig erlittene Vermögensnachteile sind es, die

[1]) S. hierüber insbes. Oertmann, § 670, Ziff. 2; Planck, das. a. A.; Brückmann, „Rechte des Geschäftsführers“, S. 182; Eck-Leonhardt, S. 538; Isay, S. 148.

wir als unter den Begriff von Aufwendungen fallend bei unserer Definition bisher berücksichtigt haben. Nach der herrschenden Lehre können wider Willen erlittene Verluste überhaupt nicht jenem Begriffe untergeordnet werden, weil derartige Einbußen gleichbedeutend mit Schaden seien und ein solcher vom Gesetzgeber in direkten Gegensatz zur Aufwendung gebracht worden sei, wie dies die getrennte Behandlung unzweideutig ergebe.[1]) Es soll nicht bestritten werden, daß vom Gesetzgeber eine scharfe Trennung der beiden Begriffe beabsichtigt worden ist. Allerdings führt das Gesetz diese Unterscheidung selbst nicht konsequent durch, indem es unter dem bei Auflösung eines Verlöbnisses zu ersetzenden Schaden auch die Aufwendungen des verlassenen Teiles anführt, also letztere dem weiteren Begriffe „Schaden" unterordnet. Hätte es statt dessen den Ausdruck Nachteile oder ähnliches angewandt, so wäre diese Inkonsequenz vermieden worden. Doch selbst wenn man dieser Ungenauigkeit keine Bedeutung beilegt, so wird man doch nicht zugeben können, daß die beabsichtigte Trennung der Begriffe Aufwendung und Schaden erreicht ist. Ueber Gesetz- und Rechtsnormen steht doch als unüberwindlicher Faktor die jedem Worte als solchem innewohnende Bedeutung, und es fragt sich, ob hiernach die beabsichtigte Unterscheidung überhaupt zulässig ist. Ist denn wirklich jede Ausgabe, die jemand für diesen oder jenen Erfolg zu machen gezwungen ist und von der niemand behaupten wird, daß sie als Schaden anzusehen ist, freiwillig? Man denke nur an den Fall plötzlich erhöhter Prämiensätze oder der in letzter Zeit allzu angespannten Diskonterhöhungen. Hier von Schaden zu reden, wird keinem juristisch geschulten Kaufmanne einfallen, während anderseits von wirklich freiwilligen Einbußen gleichermaßen nicht gesprochen werden kann. Und wie es mit der Freiwilligkeit solcher zweifelloser Aufwendungen steht, ebenso verhält es sich auch mit der Unfreiwilligkeit des erlittenen Schadens. Auch hier sind Fälle denkbar, in denen jemand das, was man regelmäßig als Schaden bezeichnen wird, in voller Willensfreiheit, ja gerne auf sich nimmt. Körperliche Beschädigungen, um ein geliebtes Wesen zu schützen, Zerstörung wertvoller Vermögensobjekte, um andere zu erhalten oder auch nur eine vorübergehende Laune zu befriedigen, sind doch alles wohl ebenso „freiwillig" erlittene Schäden, wie die angeführten Beispiele „unfreiwillig" gemachte Aufwendungen. Wir sehen, daß das angezogene Kriterium nicht geeignet ist, eine in jedem Falle befriedigende Grenzlinie zwischen Schaden und Aufwendung zu ziehen, wenn auch nicht in Abrede gestellt werden soll, daß oftmals die erstrebte Unterscheidung auf jene Weise erzielt werden kann. Andere stets gültige Trennungsmerkmale beider Begriffe

[1]) §§ 249 ff. u. 256 ff.; B. G. B. vergl. v. Thur, actio de in rem verso, S. 33 ff.

vermögen wir nicht aufzufinden,[1]) und wir gelangen deshalb zu dem Resultate, daß eine unbedingte juristische Scheidung zurzeit überhaupt nicht möglich ist. Bei dieser Sachlage halten wir uns aber für berechtigt, die von dem Gesetze gewollte Trennung wenigstens für solche Tatbestände zu ignorieren, die nicht zweifelsfrei unter diesen oder jenen Begriff, d. h. des Schadens oder der Aufwendung zu bringen sind. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn wir es mit einem gewollten Schaden oder mit einer nichtgewollten Aufwendung zu tun haben.[2]) Ob wir derartige Grenzfälle diesem oder jenem Begriffe unterordnen wollen, hängt u. E. völlig von unserem rechtlichen Ermessen ab, das indes naturgemäß in der praktischen Würdigung der rechtlichen Konsequenzen seine Grundlage besitzen muß. Nicht Rücksichten auf die Forderungen von Treu und Glauben sind hier für uns bestimmend, — wie Oertmann so treffend ausführt, sind diese nie für sich rechtserzeugende Faktoren[3]) und deshalb insbesondere nicht maßgebend, um juristische Begriffe zu sezieren —, wohl aber dürfen uns die praktischen Ergebnisse, die aus einer uns freistehenden Interpretation eines juristischen Begriffes zu ziehen sind, bestimmen, uns in diesem oder jenem Sinne zu entscheiden. Was nun den Begriff der Aufwendungen anlangt, so sehen wir uns veranlaßt, denselben soweit wie nur eben zulässig zu fassen, und zwar aus folgenden Erwägungen. Das Gesetz gewährt nur unter ganz bestimmten Umständen generell Ersatz für erlittenen Schaden, nämlich – abgesehen von vertraglich übernommener Garantie[4]) — nur dann, wenn auf

---

[1]) Man könnte den Unterschied zwischen Aufwendung und Schaden vielleicht darin zu finden versucht sein, daß mit ersterer immer ein gewisser als Aequivalent dienender Erfolg verbunden sein muß, während jeder Schaden eine gleichsam à fond perdu erlittene Einbuße bedeutet. Doch auch dies führt zu keinem stets befriedigenden Ergebnisse, wie man aus nutzlos aufgewendetem Botenlohn oder aus absichtlicher Preisgabe von wertvollen Vermögensstücken (bei einem Brande unterläßt man es beispielsweise, Wertgegenstände fortzuschaffen) unschwer ersehen kann.

[2]) Es soll hier nochmals hervorgehoben werden, daß auch nach unserer Auffassung das Willensmoment zur Unterscheidung von Schaden und Aufwendung in vielen Fällen von ausschlaggebender Bedeutung ist, und daß wir deshalb wohl anerkennen, daß die gesetzlich gewollte Scheidung beider Begriffe, soweit jenes Kriterium, d. h. das Willensmoment, zweifelsfrei gegeben ist, eine Subsummierung von Schaden unter den Begriff von Aufwendungen schlechterdings ausgeschlossen scheint. Da aber, wo jenes Willensmoment nicht anerkannt werden kann, liegt u. E. auch keine zwingende Notwendigkeit vor, juristisch von Schaden zu reden und uns hierdurch die Möglichkeit zu verschließen, dem geschäftsführenden Gesellschafter Ersatzansprüche zuzubilligen, die ihm nach unserem Rechtsempfinden loyalerweise nicht verwehrt werden können.

[3]) Oertmann, § 670, Ziff. 3 b *αββ* a. E.

[4]) Die Garantie braucht u. E. nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann auch stillschweigend geleistet werden. Wenn z. B. der Vertragsgegner die Gefahr kennt, ohne den anderen Teil darauf aufmerksam zu machen, so ist hiermit seine Vertretungspflicht gegeben, auch wenn ihm das Verschweigen

Seiten des Gegenkontrahenten ein Verschulden nachweisbar ist.[1]) In den zahlreichen Fällen, in denen ein solches Verschulden nicht vorliegt, ist dem Geschädigten kein Ersatzanspruch gewährt, und er muß die Verluste tragen, mögen sie in noch so nahem Zusammenhange mit der von ihm übernommenen Leistung stehen.[2]) Solche Verluste aber, die jemand nur deshalb erleidet, weil er eine gewisse Handlung für einen anderen ausführt, müssen, wenn irgend möglich, wenigstens nach unserem Rechtsempfinden, auf die Schultern des Vertragsgegners abgewälzt werden, und wir gelangen deshalb zu dem Resultate, daß den Aufwendungen, die ja zu ersetzen sind, der größtmöglichste Umfang einzuräumen ist. Deshalb rechnen wir zu ihnen alle solche Zufälle, die nach unserer oben dargelegten Auffassung gewissermaßen als freiwillig übernommener Schaden zu betrachten sind, und wir scheiden solche Zufälle aus dem Begriffe des Schadens im Rechtssinne aus. Dabei ist es u. E. gleichgültig, ob derartige Opfer vorauszusehen waren oder nicht, gleichgültig ist es ferner, ob sie der Beschädigte, sein Vertragsgegner oder beide Teile vorausgesehen haben. Einzig und allein kommt es darauf an, daß der zur Handlung Verpflichtete die gedachten Zufälle im entscheidenden Augenblicke zu tragen bereit ist, also gleichsam „freiwillig“ [3]) übernimmt. Ob eine freiwillige Uebernahme eines erlittenen Zufalls vorliegt, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden. Nicht maßgebend ist hierbei die nachträgliche Meinungsäußerung dessen, der Ersatz seiner Verluste verlangt, denn er wird verständlicherweise stets geneigt sein, jene Einbuße als freiwillige hinzustellen, um sich so den

---

nicht als Verschulden zuzurechnen ist (z. B. eine Benachrichtigung war mangels Zeit unmöglich); vergl. Oertmann, § 670, 3 b *a*.

[1]) Planck, § 670, Ziff. 5, Abs 2; Staudinger, das. Ziff. 6. Auf die ausführlichen Erörterungen der beiden Schriftsteller soll hier nur verwiesen werden, denn soweit sie zu einer Schadenshaftung gelangen, vertreten sie anerkanntes Recht, zu dessen Begründung hier kein Anlaß vorliegen dürfte.

[2]) Verfehlt ist es u. E., wegen dieses nahen Zusammenhanges eine Schadenshaftung anzunehmen, wie dies Dernburg und Crome vorschlagen. (cf. Dernburg, § 297, III: „der Auftraggeber wird dem Beauftragten für solche Zufälle einzustehen haben, die sich unmittelbar aus der Ausführung des Auftrags ergeben. Beispiel: ein Eisenbahnunfall, der sich bei der zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Reise ereignet“. Crome, § 252, III, 2 b, läßt den Geschäftsherrn für den Schaden haften, der dem Geschäftsführer aus der Besorgung des Geschäftes selbst innerhalb der Anweisungen des Herrn entstanden ist, nicht soweit der Schaden bloß gelegentlich dieser Ausführung entstand.) Denn es wird auf solche Weise das unzweideutige Verschuldungsprinzip ausgeschaltet und eine Rechtsfolge statuiert, die nur auf Grund positiver Vorschriften Platz greifen kann.

[3]) Auch wir stellen also letzten Endes die Definition des Begriffes Aufwendung auf das Merkmal der „Freiwilligkeit“ ab. Doch ist dieses Kriterium, wie nicht scharf genug betont werden kann, viel weiter zu fassen als der wortgleiche Begriff der herrschenden Lehre. Zahlreiche Fälle, die nach letzterer als „Schaden“ zu betrachten sind, weil unfreiwillig erlitten, sind nach unserer Auffassung freiwillige Aufwendungen.

Regreßanspruch zu sichern. Eine freiwillige Uebernahme ist u. E. immer gegeben, wenn die eingetretenen Zufälle sich gewissermaßen als Konsequenzen der jeweils geschuldeten Leistungen darstellen und als untrennbare Bestandteile mit übernommen worden sind.[1]) „Derartige Schäden (i. e. Zufälle), die im Sinne des Verkehrs typisch berechenbar sind, erscheinen damit als mit dem Auftrag (bezw. dem jeweils vorliegenden Rechtsverhältnis) innerlich zusammengehörig; sie werden zu Unkosten, Spesen, deren Notwendigkeit sich aus dem Auftrag bereits als selbstverständliche oder doch ohne weiteres mit in Kauf genommene Eventualität ergibt.“ [2]) Des weiteren dürfte eine freiwillige Uebernahme bei solchen Zufällen vorliegen, denen sich der Betreffende unterzogen hat, obschon er sie unschwer hätte vermeiden können, oder wenn er seine Verluste geradezu absichtlich herbeigeführt hat. Jemand unterläßt es beispielsweise, bei einem Brand seine eigenen Sachen zu retten, um die eines anderen in Sicherheit bringen zu können, oder er vernichtet ihm gehörige Vermögenswerte zur Rettung von solchen des Vertragsgegners. Nicht hingegen würden wir hierher den von Dernburg a. a. O. konstruierten Fall zu rechnen haben, wenn jemand zur Ausführung eines Auftrags eine Reise zu unternehmen hat und dabei einen Eisenbahnunfall erleidet. Derartige Unfälle können nicht als freiwillige angesehen werden und begründen u. E. keine Regreßpflicht, es sei denn, daß sie gewissermaßen als Risiko mitgetragen werden sollen, wie in dem von Oertmann gegebenen Beispiel der Auftragsübernahme in einer von Räubern oder Fieber heimgesuchten Gegend. Ob die freiwillige Uebernahme von Verlusten der letztgedachten Fälle vom Vertragsgegner zu vertreten ist, müssen wir vorläufig dahingestellt sein lassen. Es kam uns nur darauf an, darzutun, daß sie unter den Begriff der Aufwendungen fallen. Wann solche zu ersetzen sind, hängt von den für das jeweilige Rechtsinstitut gegebenen Sonderbestimmungen ab. (Beim Auftrag bezw. bei der gesellschaftlichen Geschäftsführung ist die Erforderlichkeit der Aufwendung maßgebend.)

b) Vorschuß für künftige Aufwendungen.

Nachdem wir in Vorstehendem versucht haben, den Begriff der Aufwendungen näher zu bestimmen, bleibt uns nunmehr zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen sich der geschäftsführende Gesellschafter für seine Aufwendungen schadlos halten kann. In dieser Hinsicht bestimmt die erste hier in Betracht kommende Vor-

[1]) Der Schaden braucht deshalb nicht etwa voraussehbar zu sein, nur ist er gleichsam mit in Kauf genommen worden.

[2]) Oertmann, § 670, 3 b β a a, mit dem wir im Endresultate übereinstimmen, doch besteht der grundlegende Unterschied unserer Ansichten darin, daß Oertmann jene Zufälle als Schäden auffaßt, wir hingegen eine solche Subsummierung ablehnen.

schrift, daß für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuß zu leisten habe. (§ 669 B. G. B.) Aus jener Vorschrift werden wir für die bürgerliche Gesellschaft die Folgerung ziehen dürfen, daß die übrigen Gesellschafter dem geschäftsführenden Konsozius auf dessen Verlangen für solche Aufwendungen Vorschuß zu gewähren haben, die dieser zur Ausführung der Gesellschaftsgeschäfte bedarf. Wir sind nun nicht der Ansicht, daß jener Vorschuß für die Geschäftsführung schlechthin zu gewähren ist, vielmehr muß es sich nur um ein bestimmtes Geschäft oder doch wenigstens um einen Kreis bestimmter Geschäfte handeln, denn es würde andernfalls an jeglichem Maßstab fehlen, um diese Entschädigung im Voraus zu berechnen. Vorzuschießen sind nur die zur Ausführung „erforderlichen" Aufwendungen, und zwar wird man nach objektivem Maßstabe zu entscheiden haben, wann der Fall der Erforderlichkeit vorliegt. Allerdings wird hierbei auch auf die Persönlichkeit und die Fähigkeit des geschäftsführenden Gesellschafters Rücksicht zu nehmen sein, denn es ist immer in Betracht zu ziehen, daß gerade er zur Ausführung der Geschäfte berufen ist, und daß seinen besonderen Eigenheiten deshalb Rechnung zu tragen ist.[1]) So wird beispielsweise ein geschäftsführender Fabrikant für eine von ihm in seinem Großbetriebe herzustellende Arbeit geringere Kosten vorschußweise liquidieren können als ein kleiner Handwerker, der das gleiche, vielleicht sogar schlechtere Resultat nur mit bedeutend höheren Unkosten erreichen kann.

Für derartige Aufwendungen haben die übrigen Gesellschafter nur dann Vorschuß zu leisten, wenn der geschäftsführende es verlangt. Seine Pflicht wird es sein, die voraussichtlichen Kosten genau zu berechnen und im einzelnen zu belegen. Hat er dies getan, so wird man ihm einen klagbaren Anspruch nicht versagen können, denn er hat ja entgegen dem Beauftragten ein Recht, die Gesellschaftsgeschäfte zu führen. Es entfällt deshalb die für den Auftrag entstandene Streitfrage, ob das Recht auf Vorschuß eingeklagt werden kann oder nicht.[2]) Wird der Vorschuß grundlos verweigert, so braucht der geschäftsführende Gesellschafter das betr. Geschäft, mag es noch so notwendig sein, nicht auszuführen (§ 273 B. G. B.), event. kann er seine gesamte Tätigkeit überhaupt einstellen und die Gesellschaft kündigen.[3]) Auch dann, wenn dem geschäftsführenden Gesellschafter die Kassenführung selbst zusteht, wird er wegen des zu erhebenden Vorschusses die Zustimmung der übrigen Gesellschafter einholen müssen, es sei denn, daß diese ausdrücklich oder still-

[1]) Oertmann, § 669, Ziff. 2, Planck, § 670, Ziff. 1, Staudinger, § 670, Ziff. 1.

[2]) Staudinger, Planck, Oertmann zu § 669 und die dort Angeführten.

[3]) § 728. Falls ihm die Geschäftsführung übertragen ist, kann er sie nach Maßgabe des § 712, Abs. 2, kündigen.

schweigend auf ihr diesbezügliches Recht verzichtet haben. Eine dem Berechtigten völlig freistehende Entnahme des Vorschusses würde u. E. den gesetzlichen Bestimmungen zuwiderlaufen (§ 669 B. G. B.; in Betracht zu ziehen ist insbesondere das Wort „Verlangen", also ein gegenüber einem anderen geäußertes Ersuchen), die ihrer Fassung nach eine Mitwirkung beider Parteien voraussetzen. Durch diese unsere Auffassung ist den übrigen Gesellschaftern eine weitere nicht zu unterschätzende Möglichkeit gegeben, auf wichtigere Geschäfte einzuwirken und solche u. U. überhaupt zu verhindern. Allerdings steht ihnen darüber keine Entscheidung zu, ob das betreffende Geschäft an sich überhaupt erforderlich ist oder nicht; dies zu prüfen ist allein Sache des geschäftsführenden Gesellschafters. Aber dadurch, daß die übrigen Sozien den Kostenvorschuß als nicht erforderlich einfach verweigern, können sie die Ausführung eines ihnen mißliebigen Geschäftes tatsächlich unmöglich machen.

Was die Art des zu gewährenden Vorschusses anlangt, so ist derselbe offenbar nur in Geld zu leisten.[1]) Eine Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters, von seinem hier in Rede stehenden Recht Gebrauch zu machen, ist zwar nach den auch sonst gültigen Normen, wonach die Ausübung eines Rechtes vom freien Willen des Berechtigten abhängt, an sich nicht begründet; jedoch kann ihm u. U. ein vertretbares Verschulden dann zur Last gelegt werden, wenn er ein notwendiges Geschäft mangels der ihm zu Gebote stehenden Mittel aufgeben muß, während er dasselbe mit dem erforderlichen Vorschuß hätte ausführen können.[2]) Zu gewähren ist der Vorschuß aus dem Gesellschaftsvermögen; reicht dieses nicht aus, so sind die einzelnen Gesellschafter nicht verpflichtet, aus privaten Mitteln die erforderliche Summe aufzubringen, denn es würde dies eine unzulässige Erhöhung der vereinbarten Beiträge bedeuten. (§ 707 B. G. B.) Für solche Aufwendungen, die durch das Gesellschaftsvermögen keine Deckung finden, kann der geschäftsführende Gesellschafter erst bei der Auseinandersetzung die einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen. Jeder der letztgenannten hat dafür nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem er den Verlust zu tragen hat. Kann von einem der Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnis zu tragen. (§ 735 B. G. B.) Die Insolvenz des gemeinschaftlichen Vermögens wird indes für den geschäftsführenden Gesellschafter einen wichtigen Fingerzeig dafür abgeben, das beabsichtigte Geschäft überhaupt zu unterlassen.

---

[1]) Vergl. hierüber die eingehende Begründung bei Oertmann, § 669, Ziff. 1, Abs. 3, der wir in allen Punkten beitreten.

[2]) Planck, § 670, Anm. 2, leugnet die Verpflichtung Vorschuß zu fordern überhaupt.

c) Ersatz für gehabte Aufwendungen.

Hat der geschäftsführende Gesellschafter ein Geschäft vorgenommen, ohne Vorschuß zu fordern, oder reichte der gewährte Vorschuß nicht aus, so kann er Ersatz aller solcher Aufwendungen verlangen, die er zum Zwecke der Ausführung des Geschäftes für erforderlich halten durfte. (§ 760 B. G. B.) Ob letzteres der Fall ist, wird einmal danach zu beurteilen sein, wie weit die gemachten Aufwendungen zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges tatsächlich gerechtfertigt sind, und sodann, wie weit der geschäftsführende Gesellschafter diese Umstände gewürdigt hat und mit dem ihm zustehenden Maße von Urteilskraft überhaupt würdigen konnte. Dieses Prüfungsrecht erstreckt sich demnach sowohl auf objektive wie subjektive Momente; in letzterer Beziehung genießt der geschäftsführende Gesellschafter den Vorteil, daß er sich auf die in eigenen Angelegenheiten beobachtete Sorgfalt berufen kann, (§ 708 B. G. B.) derzufolge er eine Aufwendung für erforderlich halten durfte, obschon sie in Wirklichkeit nicht angebracht war.[1]) Der Regreßanspruch des geschäftsführenden Gesellschafters hängt nicht davon ab, ob der von ihm beabsichtigte Erfolg eingetreten ist, mit anderen Worten, ob sich die Aufwendungen rentiert haben, denn es kommt nur darauf an, daß der Betreffende die Ausgaben etc. vorher für erforderlich halten durfte.[2]) Die Aufwendungen sind in Geld zu ersetzen, auch dann, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind (es folgt dies unzweideutig aus der Fassung des § 256 B. G. B.; die Worte „der zu zahlende Betrag" können sich nur auf Geld beziehen, denn nur dieses wird „bezahlt", sonstige Gegenstände werden nach dem Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuches „geleistet". Konfer. Oertmann, § 256, Ziff. 2, und die dort zit. Schriftsteller) und mit 4 %, vom Leistungstage an gerechnet, zu verzinsen. Die Zinsen fallen für eine entsprechende Zeit fort, wenn der geschäftsführende Gesellschafter die Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht hat, den er später herauszugeben hat, dessen Nutzungen oder Früchte er jedoch inzwischen ohne Vergütung genießen durfte. (§ 256, Satz 2, B. G. B.) Hat der geschäftsführende Gesellschafter für die Gesellschaft persönliche Verbindlichkeiten eingegangen, die als Aufwendungen zu ersetzen sind, so kann er verlangen, daß er davon befreit oder sichergestellt wird. (§ 257 B. G. B.)

9. Vergütungsanspruch.

Durch den Ersatz seiner Aufwendungen soll der geschäftsführende Gesellschafter für seine eigenen Auslagen schadlos gehalten werden; nur die Beträge, die er wirklich verausgabt hat,

[1]) Oertmann, § 670, Ziff. 1. a. A., Staudinger, § 670, Ziff. 2, der lediglich den subjektiven Maßstab gelten lassen will.

[2]) Oertmann, § 670, Ziff. 1 a. E.

werden ihm ersetzt, ohne daß ihm irgendwelche weitergehende Vorteile dadurch erwachsen. Ob er außer diesem selbstverständlichen Ausgleich auch noch eine Vergütung für seine Tätigkeit verlangen kann, darüber enthält das Gesetz keine Bestimmungen. Aber weil es in dieser Hinsicht schweigt, wird man annehmen müssen, daß an und für sich eine Vergütung für die Führung der Geschäfte nicht verlangt werden kann, denn bei allen Verträgen, die zu einem Entgelt berechtigen, wird dies besonders hervorgehoben. Allerdings ist es trotzdem, entgegen den für den Auftrag geltenden Normen (§ 662 B. G. B.; dieser Paragraph gehört nicht zu den Bestimmungen, die für die Gesellschaft zur Anwendung kommen), nicht ausgeschlossen, daß im Gesellschaftsvertrage dem Geschäftsführer eine besondere Vergütung zugesichert wird; auch kann eine solche Zusicherung u. U. stillschweigend erfolgen. Ein derartiges stillschweigendes Honorarversprechen wird beispielsweise dann anzunehmen sein, wenn unvorhergesehene Dienste zu leisten sind, die zwar in den Kreis der Gesellschaftsgeschäfte fallen, aber doch nicht zu der regelmäßigen Tätigkeit des Geschäftsführers gehören. Ueberhaupt dürfte eine besondere Vergütung stets dann in Frage kommen, sobald die geschäftliche Tätigkeit, die als Gesellschaftspflicht einen Bestandteil des zu leistenden Beitrages bildet, den Umfang des Beitrages offensichtlich übersteigt, und die Beteiligung am Gesellschaftsgewinn kein entsprechendes Aequivalent für die geleistete Arbeit bildet. Ein Gesellschafter, der im Vergleich zu den anderen eine unverhältnismäßig hohe Sacheinlage gemacht hat und außerdem noch allein die Geschäfte führt, darf u. E. auch ohne ausdrückliche Zubilligung für letztere Tätigkeit eine angemessene Entschädigung verlangen, weil eine stillschweigende Willenseinigung der übrigen anzunehmen sein dürfte. Zweckmäßigerweise wird es sich allerdings empfehlen, im Gesellschaftsvertrage diese Frage zweifelsfrei zu regeln. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Erstattung des Honorars nicht aus, so gilt das gleiche wie bezüglich der Begleichung von Aufwendungen.[1])

[1]) Vergl. Planck, § 713, Anm. 1; Oertmann das. Anm. 3; Staudinger das. Anm. 4; Dernburg, § 358, Ziff. 3; Knoke, Seite 70; Marcus in den Blättern für Rechtspflege 1901, No. 1, S. 51; Mot. II, S. 607; a. A. Scherer jur. Wochenschrift 1901, S. 534. Dieser erkennt eine stillschweigende Zusicherung eines Honorars überhaupt nicht an. Er deduziert folgendermaßen: Nach § 675 B. G. B. handele es sich bei der Geschäftsführung des Gesellschafters um einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe. In einem solchen Falle sei gemäß § 612 B. G. B. Vergütung zu leisten. (§ 612 Abs. 1 lautet: Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.) Allein gerade die Fassung des § 612 führe zu einer prinzipiellen Verneinung der Frage, denn den Umständen nach sei keine Vergütung zu leisten. Diese Umstände seien die Rechtsübung bis zum bürgerlichen Gesetzbuch. Jene Rechtsübung fiele um so mehr ins Gewicht, als sie in allen Gebieten Deutschlands anerkannt gewesen sei, sie sei in ganz Deutschland,

10. Gerichtlicher Austrag von Streitigkeiten.

Alle Ansprüche, die dem geschäftsführenden gegen die übrigen Gesellschafter zustehen, können auch klageweise geltend gemacht werden. Es folgt dies aus dem allgemeinen Grundsatz, wonach jedem Rechte gerichtlicher Schutz gewährt wird, sofern nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt ist (z. B. im § 1297 B. G. B. beim Verlöbnis). Eine Suspension des Klagerechts während des Bestehens der Gesellschaft ist u. E. gesetzlich nicht begründet. Die Suspension eines Klagerechts kann aus materiellen oder prozessualen Gründen geboten sein. Ein materiell rechtlicher Fall ist durch § 1467 B. G. B. statuiert, wonach Ehegatten, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, erst nach deren Beendigung ihre Ausgleichsleistungen in die einzelnen Gütermassen zu machen haben. Die ratio des Gesetzes ist unschwer zu ersehen: Bei einem derart auf gegenseitiges Vertrauen begründeten Gemeinschaftsverhältnis, wie es die Gütergemeinschaft von Ehegatten ist, schien eine gerichtliche Abrechnung schlechterdings untunlich. Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts besteht eine ähnliche Vorschrift nicht, und es kann auch nicht etwa aus ethischen Gründen ein dahingehender Parteiwillen präsumiert werden. Prozessual ist richtiger Ansicht nach eine Klage eines Gesellschafters gegen die übrigen gleichfalls nicht ausgeschlossen. Man hat sie deshalb für unzulässig gehalten, weil zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich sei. (§ 736 Z. P. O.) Einen solchen vollstreckbaren Titel könne aber ein Gesellschafter für sich nie verlangen, da niemand sich selbst verklagen und gegen sich selbst Zwangsvollstreckung betreiben könne.[1]) Wir halten diese Auffassung mit Oertmann[2]) für formalistisch und unbefriedigend. Man könnte mit der gleichen Berechtigung behaupten, ein Gesellschafter könne während Bestehens der Gesellschaft überhaupt nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden, da eine Bezahlung an sich selbst begrifflich ausgeschlossen sei. Diesen Einwand wird indessen vernünftigerweise niemand erheben, und doch ist er sachlich gerade so begründet, wie die Verneinung des Klagerechts. Denn auch dieses zielt doch nur auf einen Regreß gegen das Gesellschaftsvermögen hin, und es ist nicht einzusehen, weshalb ein solcher nicht auch gegen den Willen der Verpflichteten genommen werden kann. (Vergl. auch G. V. G., § 101, Ziff. 3a, wo von Rechtsstreitigkeiten zwischen einer Handelsgesellschaft und

---

in Fleisch und Blut übergegangen, entspreche auch der Billigkeit und dem sogenannten Naturrecht. Wir können uns dieser Ansicht nicht anschließen, schon aus dem Grunde, weil wir in der Geschäftsführung nicht die Erfüllung eines Dienstvertrages erblicken.

[1]) Krech, S. 94.

[2]) § 713, Ziff. 5.

deren Mitgliedern die Rede ist.) Nach dem Gesagten kommen wir zu dem Resultate, daß der geschäftsführende Gesellschafter seine Forderungen sofort nach deren Fälligkeit einklagen kann. Die Klage ist gegen die übrigen Gesellschafter in der Weise zu richten, daß diese zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen in Höhe des eingeklagten Betrages zu verurteilen sind. (§ 736 Z. P. O.) Reicht das gemeinsame Vermögen offensichtlich zur Befriedigung nicht aus, so wird der geschäftsführende Gesellschafter u. U. eine Feststellungsklage gegen seine Konsozien erheben können, um sich seine Regreßansprüche nach Auflösung der Gesellschaft zu sichern. (§ 256 Z. P. O.)

Wie der geschäftsführende Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter zu klagen berechtigt ist, falls diese seine Ansprüche aus dem Gesellschaftsvermögen nicht befriedigen wollen, in gleicher Weise kann er selbst auch angehalten werden, den ihm obliegenden Verpflichtungen nachzukommen. Die Klage kann von jedem Gesellschafter erhoben werden, aber die Leistung hat an sämtliche zu erfolgen, denn sie bildet einen Teil des Gesellschaftsvermögens.[1])

Wird der pflichtvergessene geschäftsführende Gesellschafter verurteilt, für die Gesellschaft tätig zu sein, so findet die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Erkenntnis nach den Vorschriften statt, die zur Erwirkung von Handlungen prozeßrechtlich gegeben sind. Der Klageantrag muß die Leistungen, die von dem geschäftsführenden Gesellschafter verlangt werden, klar umgrenzen. (§ 253, Abs. 2, Ziff. 2, Z. P. O.) Allerdings wird man nicht verlangen können, daß alle einzelnen Handlungen aufgeführt werden, denn eine solche Aufzählung ist tatsächlich unmöglich. Ein Antrag, der lediglich dahin ginge, den Beklagten zu verurteilen, seine Pflichten als Geschäftsführer zu erfüllen, dürfte indes mangels der erforderlichen Bestimmtheit unzulässig und die Klage deshalb abzuweisen sein. Zulässig hingegen ist u. E. die generelle Klagbitte, daß der Beklagte die Bücher der Gesellschaft ordnungsmäßig zu führen hat oder sonstige im Gesellschaftsvertrag allgemein bezeichnete Geschäfte vornimmt. Wollte man für jede einzelne Handlung ein Urteil für erforderlich erachten, so wäre damit den übrigen Gesellschaftern jede Möglichkeit genommen, den Geschäftsführungsapparat in Tätigkeit zu halten.

Erfüllt der geschäftsführende Gesellschafter die ihm durch das Urteil zur Pflicht gemachten Handlungen trotzdem nicht, so ist die Gegenpartei von dem Prozeßgerichte erster Instanz auf ihren Antrag hin zu ermächtigen, die Handlungen auf Kosten des Säumigen vor-

---

[1]) Planck, § 713, Ziff. 3; Knoke, S. 70; auch wohl Oertmann, § 713, Ziff. 5. Allerdings geht aus der von letztgenanntem Schriftsteller gewählten Fassung („umgekehrt können die Gesellschafter die Ansprüche .... geltend machen") nicht unzweideutig hervor, ob er jedem einzelnen oder nur der Gesamtheit der Gesellschafter das Recht zugestehen will, den geschäftsführenden Gesellschafter zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.

nehmen zu lassen. (Die Handlung kann durch jeden beliebigen Dritten, aber auch durch einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden, dem dann ein Recht auf Vergütung zuzubilligen sein dürfte.) Gleichzeitig ist letzterer zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Handlung entstehen werden. Hierdurch wird jedoch das Recht auf eine Nachforderung, falls die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht, nicht ausgeschlossen. (§ 887 Z. P. O.) Die dem geschäftsführenden Gesellschafter obliegende Tätigkeit wird häufig von einem anderen überhaupt nicht wahrgenommen werden können. An sich ist in solchen Fällen, falls die Handlung lediglich vom Willen des Schuldners abhängt, dieser gleichfalls von dem erstinstanzlichen Gericht auf Antrag durch Beschluß [1]) zur Vornahme der Handlung durch Geld- oder Haftstrafen anzuhalten. Dieser Zwang ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn es sich um die Verurteilung zur Leistung aus einem Dienstvertrage handelt. (§ 888 Z. P. O.) Wenn auch, wie bereits hervorgehoben, u. E. es sich bei der gesellschaftlichen Geschäftsführung nicht um die Erfüllung eines Dienstvertrages, sondern um eine Verpflichtung sui generis handelt, [2]) so dürfte doch auch hierfür gleichfalls die für den Dienstvertrag gegebene Vorschrift analog zur Anwendung kommen. Die Veranlassung der letztgedachten Bestimmung ist offensichtlich die Erwägung gewesen, daß Leistungen, die, wie die Vornahme von Diensten, ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen, schlechterdings nicht erzwingbar sein sollen. Bei der gesellschaftlichen Geschäftsführung sind diese Bedenken in besonderem Maße gegeben und es erscheint deshalb eine extensive Auslegung der gedachten Bestimmung durchaus am Platze. Unter solchen Umständen bleibt den übrigen Gesellschaftern nichts anderes übrig, als den widerspenstigen Geschäftsführer auf die Leistung des Interesses zu verklagen (§ 893 Z. P. O., R. G. 22, S. 255) und je nach Lage der Sache die Gesellschaft zu kündigen. (§ 723 B. G. B.)

Im Falle der übertragenen Geschäftsführung wird die grundlose Weigerung des geschäftsführenden Gesellschafters, für die Gesellschaft tätig zu sein, die übrigen zur Entziehung der Geschäftsführung berechtigen, und es erscheint durchaus geboten, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, da eine weitere gedeihliche Tätigkeit des Widerspenstigen für alle Zeiten ausgeschlossen sein dürfte. (§ 712 B. G. B. Näheres siehe im folgenden Kapitel.) Ist kein anderer geeigneter Nachfolger vorhanden, so wird die Gesellschaft zu kündigen sein. (§ 723 B. G. B.) Bei besonderer vertraglicher Vereinbarung kann der renitente Geschäftsführer auch aus der Gesellschaft aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. (§ 737 B. G. B.)

[1]) J. W. 02, S. 272, 16.
[2]) Knoke, S. 62.

IV. Beendigung der Geschäftsführung.

Wir haben bereits an verschiedenen Stellen dieser Abhandlung darauf hingewiesen, daß unter gewissen Umständen der Geschäftsführung eines Gesellschafters von den übrigen oder von ihm selbst vorzeitig ein Ziel gesetzt werden kann. Solche Hinweise erschienen uns zur Klärung der Rechtslage in einzelnen Fällen erforderlich, reichen aber nicht aus, ein einheitliches Bild über die Voraussetzungen und Wirkungen, die für die Beendigung der Geschäftsführung in Frage kommen, zu geben. Es ist deshalb geboten, dies alles im Zusammenhange darzustellen, wobei sich einzelne Wiederholungen von früher Gesagtem nicht werden vermeiden lassen.

Man wird, was den äußeren Anlaß zur Beendigung der Geschäftsführung anlangt, drei Kategorien von Beendigungsgründen zu unterscheiden haben, und zwar kann die Geschäftsführung durch Auflösung der Gesellschaft, sodann durch Entziehung seitens der übrigen Gesellschafter und endlich durch Kündigung des geschäftsführenden Gesellschafters ihr Ende finden.[1])

1. Auflösung der Gesellschaft.

Die Auflösung der Gesellschaft kann aus mancherlei Gründen erfolgen, ohne daß sich diese im einzelnen aufzählen lassen. Die wichtigsten hat das Gesetz besonders hervorgehoben, wie Erreichung oder Unmöglichwerden des vereinbarten Zweckes, Tod eines Gesellschafters, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 B. G. B.), Zeitablauf und Kündigung (§ 723 B. G. B.). Des weiteren wird die Gesellschaft durch Eintritt einer Bedingung und aus jedem anderen vertraglich vorgesehenen Grunde zur Auflösung gebracht werden können. Im Falle der Erreichung des gemeinsamen Zweckes oder der Unmöglichkeit desselben (§ 726 B. G. B.) spricht das Gesetz zwar nicht von „Auflösung", sondern von „Endigung" der Gesellschaft, jedoch ist hiermit ein begrifflicher Unterschied u. E. nicht beabsichtigt worden. Vielmehr dürfte jene andere Ausdrucksweise nur deshalb angewandt sein, weil im Falle des § 726 meist sämtliche Gesellschaftsgeschäfte erledigt zu sein pflegen und die Gesellschaft sofort ihr definitives Ende erreicht hat. Indes ist es wohl denkbar, daß auch bei Erreichung bezw. Unmöglichwerden des Zweckes einzelne Hülfsgeschäfte noch nicht zum Abschluß gelangt sind. Diese können verständigerweise nicht anders zu behandeln sein wie solche, die nach der eigentlichen „Auflösung" der Gesellschaft noch übrig bleiben. Allerdings ließe sich auch die Ansicht vertreten, daß der Zweck noch nicht erreicht oder unmöglich geworden ist, solange nicht eine völlige Erledigung aller Geschäfte stattgefunden hat, doch können wir uns dieser Auf-

[1]) Vergl. hierzu Stapenhorst, S. 31 ff.

fassung nicht anschließen. In der Literatur hat, soweit ersichtlich, diese Frage bisher keine Beachtung gefunden, indem stillschweigend angenommen zu werden scheint, daß ein begrifflicher Unterschied zwischen Auflösung und Endigung nicht gegeben sei.[1])

Indes ist eine klare Entscheidung u. E. deshalb nötig, weil durch die Auflösung einer Gesellschaft die Geschäftsführung u. U. eine erhebliche Veränderung erfährt, wie weiterhin gezeigt werden soll. Diese Aenderung greift bei Beendigung nur dann Platz, wenn die von uns vertretene Auffassung bejaht wird, daß nämlich Endigung und Auflösung gleichwertige Begriffe sind; andernfalls würden die Geschäftsführer bis zur definitiven Erledigung aller Geschäfte im eigentlichen Falle der Beendigung im Amte bleiben.

Es liegt in der Natur der Sache, daß nach der Auflösung der Gesellschaft oftmals noch eine Reihe von Geschäften unerledigt geblieben ist, daß hierzu die Eingehung neuer Geschäfte erforderlich wird, oder endlich, daß die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens nötig erscheint. In all diesen Fällen gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit dies der Zweck der Auseinandersetzung erfordert. (§ 730, Abs. 2, B. G. B.) Auch die Geschäftsführung bleibt nach dem Wortlaute des Gesetzes unter solchen Umständen weiter bestehen, wird aber von jenem Zeitpunkte an von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich ausgeübt. Infolgedessen erlischt die einem Gesellschafter vertraglich eingeräumte Sonderbefugnis zur Geschäftsführung, falls sich nicht aus dem Vertrage ein anderes ergibt. (§ 730, Abs. 2, B. G. B.) Aber auch dann, wenn bei Bestehen der Gesellschaft die Geschäftsführung nach Maßgabe des § 709 B. G. B. allen Gesellschaftern kollektiv zustand, erfährt sie durch die Auflösung doch hinsichtlich ihres Zieles eine wesentliche Aenderung. Denn jetzt ist die „Auseinandersetzung“ und nicht mehr der „Gesellschaftszweck“ für die Handlungen der Gesellschafter maßgebend; wir sind deshalb wohl berechtigt, generell von einer durch die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführten Beendigung der Geschäftsführung im eigentlichen Sinne zu reden, wenn das Gesetz selbst auch nur vom Erlöschen der Einzelbefugnis spricht. (Unter Einzelbefugnis ist hier jede von der Norm des § 709, Abs. 1, abweichende Verteilung der Geschäftsführung zu verstehen.) Diese Einzelbefugnis gilt übrigens zugunsten des betreffenden Gesellschafters gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder dieselbe kennen muß, ausgenommen den Fall, daß die Gesellschaft gekündigt worden ist (§ 729 B. G. B.).[2])

---

[1]) Konf. Staudinger, § 726, 1; Oertmann, Vorbemerkung zu §§ 713—18; Crome § 283, S. 791, der sämtliche Fälle unter der Ueberschrift „Auflösungsgründe“ zusammenfaßt.

[2]) Von der Kündigung muß der geschäftsführende Gesellschafter stets Kenntnis erhalten, weil die Kündigung richtiger Ansicht nach nur gegenüber allen Gesellschaftern erfolgen kann. Auf die von Theorie und Praxis zu

Durch diese Vorschrift wird dem auch an anderen Stellen (z. B. im Falle des § 405 B. G. B. u. a.) des Gesetzes anerkannten Grundsatz Rechnung getragen, wonach keiner durch schuldlose Nichtkenntnis einer erfolgten Rechtsänderung Schaden erleiden soll. Dem gutgläubigen geschäftsführenden Gesellschafter bleiben hiernach alle Ansprüche, die er aus Rechtshandlungen nach Auflösung gegen die übrigen Gesellschafter herleitet, ebenso gewahrt, als wenn die Gesellschaft noch bestände. So wird er Ersatz von Aufwendungen und Vergütung in vollem Umfange beanspruchen können.

Gewisse Besonderheiten gelten für den Fall, daß die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, dem vertraglich die Geschäftsführung übertragen worden war.[1]) Dessen Erbe hat nämlich alle Geschäfte des Verstorbenen, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Insoweit sind ihm naturgemäß auch die Rechte eines Geschäftsführers zuzubilligen, insbesondere haftet er nur für die gemäß § 708 zu vertretende Sorgfalt. Waren außer dem Verstorbenen noch andere Gesellschafter mit der Geschäftsführung betraut, so sind sie in gleicher Weise wie der Erbe zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet, also auch dann, wenn sie von dem Tode ihres Sozius Kenntnis erlangt haben. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend. (§ 727, Abs. 2, B. G. B.) Die gleiche Vorschrift gilt, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet wird. Auch hier haben die übrigen Gesellschafter die Geschäfte einstweilen fortzuführen. (§ 728 B. G. B.) Es läßt sich nicht leugnen, daß die Geschäftsführung durch den Erben praktisch selten stattfinden kann, denn meist wird dem Erben die nötige Sachkenntnis und Ruhe fehlen, um insbesondere dringende Geschäfte, bei denen doch ein schneller Entschluß nötig ist, auszuführen. Für noch so kostspielige Mißgriffe des Erben werden die überlebenden Gesellschafter nur selten Ersatz verlangen können, denn meist wird sich der Erbe darauf berufen dürfen, daß er, da eine Pflicht zum schnellen Handeln vorlag, das Geschäft nicht sach-

---

beantwortende Frage, ob auch gegenüber einem Gesellschafter gekündigt werden kann, soll hier nicht näher eingegangen werden. (Vergl. Mot. II, S. 620; Planck, § 723, Ziff. 2; Oertmann, das., Ziff. 1; Knoke, S. 107; Staudinger, § 723 B. I b, S. 636, sowie die bei Oertman angeführten Autoren.) Erachtet man die Kündigung einem einzelnen gegenüber für ausreichend, so würde in der Vorschrift des § 729 eine unbegründete Härte liegen, da der gutgläubige Geschäftsführer in solchen Fällen für seine Handlungen nicht gedeckt wäre.

[1]) § 727, Abs. 2, B. G. B. Für den Fall der Kollektivgeschäftsführung (§ 709, B. G. B.) kommt diese Vorschrift nicht zur Anwendung, weil der Verstorbene allein keine Geschäfte vornehmen konnte. Wohl hat der Erbe den Tod des Gesellschafters den übrigen unverzüglich anzuzeigen. (§ 727, Abs. 2, Satz 1, 1. Satzteil.) War der Kollektivgeschäftsführer gleichzeitig Beauftragter, so greift auch § 673, B. G. B. Platz.

gemäßer ausführen konnte. Durch die mehrerwähnte Bestimmung wird also in vielen Fällen den übrigen Gesellschaftern ein schlechter Dienst geleistet, und es ist für sie vorteilhafter, wenn der Erbe in dieser Hinsicht seinen Pflichten nicht nachkommt.

Alle hier aufgeführten Modifikationen der Geschäftsführung kommen überhaupt nicht in Frage, wenn zur Zeit der Auflösung sämtliche Geschäfte erledigt sind und das Gesellschaftsvermögen verteilt ist; in solchen Fällen hört mit der Auflösung jede Lebensäußerung der Gesellschaft auf.

2. Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung.

Ueber die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bestimmt das Gesetz (§ 712, Abs 1, B. G. B.) folgendes: „Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluß oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung."

Die Möglichkeit, die Geschäftsführung einem mißliebigen Gesellschafter zu entziehen, hat hiernach zur Voraussetzung, daß ihm sein Amt besonders übertragen worden ist. Darunter ist indes jede Art der Geschäftsverteilung zu verstehen, die abweichend von der Norm des § 709 getroffen worden ist, mag nun ein Fall der gesetzlich vorgesehenen Sonderregelung vorliegen (§§ 710 und 711 B. G. B.) oder mögen die Gesellschafter entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen noch bestimmte Modifikationen vereinbart haben.[1]) Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ist nur dann gerechtfertigt und infolgedessen allein wirksam, wenn ein wichtiger Grund zu derselben vorliegt. Dieser Grund muß, wenn dies auch im Gesetze keinen besonderen Ausdruck gefunden hat, u. E. gegen den

[1]) Planck, § 712, Ziff. 1, S. 743; Oertmann, das. Ziff. 1, S. 772. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Staudinger (§ 712 II, Abs. 2, S. 616) erst im Wege der Analogie den angeführten Paragraphen für anwendbar hält, wenn jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die übrigen zur Geschäftsführung befugt ist. (i. e. der Fall des § 711 B. G. B.) Denn auch in solchem Falle liegt doch zweifellos eine Uebertragung der Geschäftsführung vor, die nach der klaren Fassung des Gesetzes u. U. entzogen werden kann. Nicht hingegen wird man von übertragener Befugnis reden können, wenn die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, jedoch zur Fassung von Beschlüssen Stimmenmehrheit entscheidet. (Fall des § 709, Abs. 2, B. G. B.) Eine analoge Anwendung auf letzteren Fall ist ausgeschlossen. Planck, Oertmann a. a. O., a. M. Staudinger a. a. O., Knocke S. 62, Goldmann-Lilienthal S. 751, Anm. 56, Cosak II, S. 376.) Gegen einen widerspenstigen Kollektivgeschäftsführer können sich deshalb u. E. die Mitgesellschafter nur schützen, indem sie die Gesellschaft kündigen oder, falls dies vertraglich vorgesehen, den Betreffenden ausschließen. (§§ 723, 737 B. G. B.)

geschäftsführenden Gesellschafter selbst gegeben sein,[1]) es genügt nicht, daß etwa sonstige Verhältnisse die Niederlegung seines Amtes für die Gesamtheit wünschenswert erscheinen lassen. So können beispielsweise die übrigen Gesellschafter, die ihm bei günstiger Geschäftslage ein besonders hohes Gehalt zugesichert haben, in schlechten Zeiten die Befugnis zur Geschäftsführung dem damit Betrauten nicht entziehen, denn hier liegt der Grund in den Verhältnissen und nicht in der Person des geschäftsführenden Gesellschafters.

Ein wichtiger Grund, der zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis berechtigt, kann in mannigfachen Verhältnissen gefunden werden. Besonderes Verschulden des betreffenden Gesellschafters ist nicht erforderlich, wie sich deutlich aus dem vom Gesetze ausdrücklich angeführten Entziehungsgrunde der Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung ergibt. Denn solche Unfähigkeit wird regelmäßig auf Umständen beruhen, die vom Willen des davon Betroffenen völlig unabhängig sind, wie Krankheit, große anderweite Geschäftsüberhäufung, Verlegung des Wohnsitzes und dergleichen. Es kann übrigens zweifelhaft sein, ob die beiden letztgenannten Gründe als Unfähigkeitsgründe im Sinne des Gesetzes zu betrachten sind, denn Unfähigkeit deutet u. E. doch regelmäßig auf ein geistiges oder körperliches Manko hin; wir glauben indes vorliegend den Begriff nicht allzu eng interpretieren zu sollen, da das Gesetz offenbar möglichst umfassende Beispiele anführen will. Uebrigens verschlägt die eine oder andere Auffassung im Endresultate nichts, denn man wird bei Wohnungswechsel bezw. Arbeitsüberhäufung regelmäßig einen wichtigen Grund zur Entziehung der Geschäftsführung annehmen müssen. Nur haben die übrigen Geschäftsführer, falls unter den mehrfach erwähnten Umständen die Unfähigkeit verneint wird, zu beweisen, daß durch jene Umstände wichtige Gründe zu ihrem Handeln vorliegen, während sich dieser Beweis im anderen Falle erübrigt.

Stets ist das Entziehungsrecht gegeben, wenn der geschäftsführende Gesellschafter seine Pflicht gröblich verletzt. Grobe Pflichtverletzung liegt u. E. nur dann vor, wenn dem geschäftsführenden Gesellschafter ein grobes Verschulden zur Last fällt, also nur im Falle grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes. Es folgt dies u. E. aus der Bedeutung, die dem Worte Pflichtverletzung nach allgemeinem Sprachgebrauch zukommt;[2]) stets wird mit diesem Ausdrucke ein scharfer Tadel ausgesprochen, und ein solcher ist doch nur dann berechtigt, wenn das pflichtwidrige Verhalten dem Betreffenden

---

[1]) Soweit ersichtlich, stehen sämtliche Schriftsteller auf dem von uns vertretenen Standpunkt, ohne daß bisher eine andere Möglichkeit der Gesetzesauslegung überhaupt in Betracht gezogen worden ist. (Konf. Planck, § 712 1 b, S. 793; Oertmann, § 712, 2, S. 772; Staudinger, § 712 II 1, S. 616, u. a.)

[2]) a. A Weyl, S. 245, 3, „der Ausdruck (Pflichtverletzung) selber wenigstens bietet keinen Anhalt, ein Verschulden des Täters anzunehmen."

wirklich zum Vorwurf gemacht werden kann, mit anderen Worten, wenn ihn ein Verschulden trifft Hat er nach bestem Können seine Obliegenheiten ausgeführt, so wird man niemals von einer Pflichtverletzung reden dürfen, selbst wenn der Erfolg ausgeblieben, ja wenn die Handlung zum größten Schaden der Gesamtheit ausgelaufen ist. Wir können uns jedenfalls keinen Fall denken, wo eine durchaus unverschuldete Pflichtverletzung vorliegt, insbesondere sind die von anderer Seite in dieser Hinsicht angeführten Beispiele u. E. nicht geeignet, eine Divergenz von Verschuldung und Pflichtverletzung darzutun. So will Weyl[1]) dann eine unverschuldete Pflichtverletzung annehmen, wenn der Täter seine Pflicht nicht erfüllt hat, weil er an dieser Erfüllung durch eine notwendige Reise oder durch eine Krankheit verhindert war. Hier kann indes u. E. nur dann von einer Pflichtverletzung gesprochen werden, wenn die Nichterfüllung dem Betreffenden zuzurechnen ist. Im Falle einer anderweiten notwendigen Reise wird beispielsweise dann ein Verschulden gegeben sein, wenn es der Täter unterlassen hat, einen Ersatzmann für sich zu bestellen, sofern ihm dies möglich war. Nicht jedoch wird man bei schwerer Krankheit von Pflichtverletzung sprechen dürfen, falls hierdurch der davon Betroffene an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gehindert worden ist. „Pflicht" bedeutet u. E. doch nur ein Einsetzen der Kräfte, die jemand nach seiner körperlichen, geistigen oder wirtschaftlichen Befähigung zu Gebote stehen; ultra posse nemo obligatur. Letzten Endes ist die ganze Frage allerdings Sache des Sprachempfindens und wird deshalb mit absoluter Gültigkeit kaum zu entscheiden sein.

Während nach unserer Ansicht also bei jeder groben Pflichtverletzung grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorhanden sein müssen, reichen anderseits diese beiden Verschuldungsmomente nicht in jedem Falle aus, um den verlangten Tatbestand zu erfüllen. Mit anderen Worten: Keine grobe Pflichtverletzung ohne grobes Verschulden, wohl aber grobes Verschulden ohne grobe Pflichtverletzung. Es sei uns gestattet, dies an einem Beispiele zu veranschaulichen. Stiehlt ein geschäftsführender Gesellschafter nur eine einzige Mark aus der gemeinschaftlichen Kasse, so wird er wegen gröblicher Pflichtverletzung seines Amtes enthoben werden können, während dies bei eigennütziger Verwendung von Geschäftsbriefmarken im gleichen Betrage nicht unbedingt zulässig sein dürfte. In beiden Fällen sind Erfolg (Schaden im Betrage von einer Mark) und Verschulden (Vorsatz) rechtlich völlig gleichwertig. Ethisch genommen besteht aber ein großer Unterschied, und gerade das ethische Moment wird für die Beurteilung, ob eine grobe Pflichtverletzung für vorliegend zu erachten ist, häufig ausschlaggebend sein. Wir sind zur Differenzierung äußerlich gleicher Tatbestände deshalb berechtigt, weil

[1]) das., S. 251 V 1a.

zur Fixierung des vom Gesetze gewählten Ausdrucks „Pflichtverletzung“ ein Werturteil unumgänglich nötig sein dürfte, und dieses Werturteil bewegt sich gewissermaßen auf einer Linie jenseits von Erfolg und Verschulden im gewöhnlichen Rechtssinne Ja, wir werden noch einen Schritt weitergehend sagen dürfen, auch ohne jeden äußeren Erfolg kann eine Pflichtverletzung gröbster Art im Verhalten des geschäftsführenden Gesellschafters liegen. Wenn er z. B. die übrigen Gesellschafter über den Stand der Geschäfte belügt, so kann dies tatsächlich ohne jeden Nachteil für die Gesellschaft sein, trotzdem handelt der geschäftsführende Gesellschafter grob pflichtwidrig.[1])

Außer Unfähigkeit und grober Pflichtverletzung können noch zahlreiche andere Umstände die übrigen Gesellschafter zur Entziehung der Geschäftsführung berechtigen. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, Aufgabe eines einflußreichen Amtes, ja selbst eine ruhig hingenommene, völlig haltlose Ehrenkränkung werden oftmals Grund genug sein, um dem geschäftsführenden Gesellschafter sein Amt zu entziehen. Aber während in den vom Gesetze angeführten Beispielen ohne weitere Prüfung die Rechtsfolgen der mehrerwähnten Vorschrift gegeben sind, ist in allen anderen Fällen eine Entziehung der Geschäftsführung nur dann gerechtfertigt, wenn die in Frage stehenden Gründe gewichtiger Natur sind. Ob und wann dies vorliegt, kann nur im Einzelfalle entschieden werden, in den von uns gebildeten Tatbeständen der Amtsaufgabe u. s. f. wird in dieser Hinsicht insbesondere die soziale Stellung der übrigen Gesellschafter den Ausschlag geben.

Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis erfolgt durch einstimmigen ev. Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter, wobei auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen mitzuwirken haben, da es sich hier nicht um die Ausübung eines Aktes der Geschäftsführung, sondern um ein allgemeines Gesellschaftsrecht handelt. (Unbestritten.) Der Beschluß ist mit Begründung dem davon Betroffenen mitzuteilen, auch wird letzterer loyalerweise vorher zu hören sein, um ihm Gelegenheit zur Rechtfertigung zu geben. Die Unterlassung dieser Anstandspflicht kann u. U. bei einer späteren Klage der übrigen Gesellschafter für diese trotz Obsiegens die Tragung der Kosten nach sich ziehen. (§ 93 Z. P. O.) Fügt sich der

---

[1]) Vergl. insbesondere Weyl, S. 233, der, wie bereits ausgeführt, jeden Zusammenhang zwischen Verschulden und Pflichtverletzen leugnet. Auf diesem Standpunkt steht scheinbar auch Oertmann, § 712, Ziff. 2, S. 773. Planck, § 712, 1 b, S. 743, erkennt an, daß Pflichtverletzung zwar immer verschuldet sei, doch könne sie als eine grobe erscheinen, auch wenn sie subjektiv nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhe. Er läßt also offenbar auch im Falle leichter Fahrlässigkeit den Tatbestand der groben Pflichtverletzung als erfüllt gelten; wir können uns dieser Auffassung, wie im Text ausgeführt, nicht anschließen. Der von uns vertretenen Ansicht sind Staudinger, § 712, II, 1a, S. 616; Knoke, S. 63.

geschäftsführende Gesellschafter dem Votum nicht, so werden die übrigen gegen ihn ev. in Verbindung mit einem Antrage auf einstweilige Verfügung zu klagen haben.[1]) Das obsiegende Urteil hat indes deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung,[2]) und zwar auf den Zeitpunkt zurück, zu dem die Entziehung rechtsgültig beschlossen worden ist. Während eine ungerechtfertigte Entziehung rechtlich belanglos ist,[3]) verliert im Falle der Gültigkeit der davon Betroffene die Befugnis, die ihm übertragene Geschäftsführung weiterhin auszuüben. Alle Handlungen, die er desungeachtet vornimmt, sind zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern wirkungslos; Dritten gegenüber kann allerdings eine rechtsverbindliche Verpflichtung trotzdem begründet sein, dann nämlich, wenn dem ungetreuen Gesellschafter (i. e. dem früheren geschäftsführenden Gesellschafter) die Vertretungsmacht irrtümlich nicht mit entzogen worden ist. (§ 715 B. G. B.)

Aber nicht nur auf die Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters selbst ist die Entziehung von durchschlagendem Einfluß, sie ruft überhaupt eine Umwälzung der gesamten Geschäftsführungsverteilung hervor. War der betreffende Gesellschafter der einzige Geschäftsführer, so folgt aus der Natur der Sache, daß das hiermit inhaltlos gewordene Institut neu geregelt werden muß; aber auch dann, wenn noch andere Gesellschafter neben ihm, sei es kollektiv, sei es selbstherrlich, zur Geschäftsführung berufen waren, endet auch deren bisherige Vertrauensstellung. Letzteres folgt notwendigerweise aus der Erwägung, daß die derzeitge Regelung der Geschäftsführung doch unter der Voraussetzung erfolgt ist, der nunmehr mißliebig gewordene Gesellschafter sei zu seinem Vertrauensamte besonders geeignet und die ganze Institution der Verwaltung sei bestmöglich geordnet. Erweist sich diese Voraussetzung als irrig, so wird damit die ganze Kalkulation, die für die Regelung der Geschäftsführung zurzeit maßgebend war, hinfällig, denn es fehlt ein Glied in der Kette der Motive, das eben dieser Kette den Zusammenhang nimmt. Besonders deutlich wird dies, wenn bei einer größeren Anzahl von Gesellschaftern zwei kollektiv kompromißweise zu Geschäftsführern ausersehen waren und nur einer von ihnen sich als untauglich erweist. Dann muß damit auch die Befugnis des anderen aufhören; schon aus der Erwägung, daß andernfalls seine Stellung unverhältnismäßig selbständiger werden würde, als sie vorher war, wo er nur zusammen mit einem andern handeln durfte. Doch auch, wenn von mehreren Geschäftsführern jeder allein zu handeln befugt ist, greifen ähnliche Bedenken Platz, denn es verändert sich die Stellung jedes Geschäftsführers durch den

[1]) Staudinger, § 712, II, 4, S. 617; Oertmann, § 712, 2d, S. 773; R. G. 22, S. 170; Goldmann, § 117, Anm. 12, S. 523.
[2]) Staudinger a. a. O., II, 1.
[3]) Staudinger a. a. O.; Planck, § 712, 1e; Oertmann, das. 1c.

Wegfall eines anderen insofern, als das Widerspruchsrecht des ausgeschiedenen ausgeschaltet und damit ein wünschenswertes Kontrollregulativ verloren gegangen ist. Welche Sonderregelung der Geschäftsführung man auch konstruieren mag, stets wird durch das Ausscheiden auch nur eines Organes der ganze Organismus in Mitleidenschaft gezogen, sei es auch nur insofern, als eine Lücke entsteht, für die kein Ersatz vorgesehen ist. (So z. B. wenn der ausscheidende geschäftsführende Gesellschafter nur einen ganz bestimmten, von der übrigen Verwaltung getrennten Wirkungskreis, wie Buchführung und sonstige Kontorarbeiten, hatte.) Es muß hiernach notwendigerweise eine umfassende Neuregelung der Geschäftsführung erfolgen, denn der bisherige Zustand ist aufgelöst. Die Sachlage ist somit die gleiche, wie wenn eine besondere Uebertragung der Geschäftsführung überhaupt nicht stattgefunden hätte, indes muß notwendigerweise die für solche Fälle vorgesehene gesetzliche Normierung der Kollektivgeschäftsführung (§ 709 B. G. B.) eintreten.[1]) Hiernach werden alle Gesellschafter, also auch der, dem die übertragene Befugnis entzogen worden ist, gemeinschaftslich zur Führung der Geschäfte berechtigt. Es liegt in der Natur der Sache, daß nunmehr ein gedeihliches Zusammenarbeiten nicht selten völlig ausgeschlossen ist, und nur eine neue vertragliche Regelung wird in den meisten Fällen Abhülfe schaffen können. Doch auch hierzu ist gemeinsames Handeln nötig; läßt sich dieses nicht erreichen, dann kann der Bestand der Gesellschaft dadurch in Frage gestellt werden. Um zu einem endgültigen Resultate zu gelangen, wird vielfach nur die Auflösung der Gesellschaft übrig bleiben, zu deren Motivierung der „Entziehungsgrund“ gleichfalls oftmals verwertbar sein dürfte. (§ 723 B. G. B.)

[1]) So auch die herrschende Meinung: Oertmann § 712 Ziff. 4, S. 773; Knoke, S. 65; Staudinger, § 712, II 5, S. 617; Staub, § 117, Anm. 4; Goldmann-Lilienthal, S. 751, Anm. 63.; a. A. Planck, § 712, Anm. 1 f, S. 743; S. Goldmann, § 117, Anm. 8; letzterer mit besonders eingehender Begründung. Die von Planck erhobenen Bedenken, daß nach der hier vertretenen Ansicht doch die rechtlichen Befugnisse der übrigen Gesellschafter durch Maßnahmen aufgehoben oder beschränkt würden, die sich lediglich gegen den Ausgeschlossenen richteten, ist an sich wohl gerechtfertigt. Es wird Sache des juristischen Gefühls sein, ob man diese oder die von uns im Text gegebenen Gründe für ausschlaggebend erachtet. U. E. dürfte indes zu berücksichtigen sein, daß unter allen Umständen das Interesse der Gesamtheit dem der einzelnen vorgeht, und dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn die Geschäftsführung im ganzen neu geregelt wird. Es ist zuzugeben, daß eine unzweideutige gesetzliche Vorschrift in dieser Richtung am Platze gewesen wäre, doch kann mangels einer solchen das Recht der Interpretation nicht verkürzt werden. (Entgegen den Ausführungen Plancks a. a. O.) Abzuweisen dürfte auch die denkbare Auffassung sein, wonach der Einzelfall für diese oder jene Verwaltungsnormierung nach Ausschluß eines geschäftsführenden Gesellschafters ausschlaggebend sein sollte. Nach welchen Gesichtspunkten sollte denn hier die Entscheidung getroffen werden? Im Interesse einer einheitlichen und deshalb unzweideutigen Rechtlage wird man sich der einen oder anderen bedingungslosen Auffassung anschließen müssen.

Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß in Konsequenz der gesetzlichen Vorschriften eine für die übrigen Gesellschafter höchst unerfreuliche Rechtslage geschaffen werden kann. Nicht nur, daß einzelne wohlerworbene Sonderrechte einbüßen; es bleibt der mißliebige Sozius auch nach wie vor in der Lage, das Schicksal der Gesellschaft mitzubestimmen, obschon er durch sein bisheriges Verhalten hierzu nicht geeignet erscheint. Solchen in der Sache selbst nicht begründeten Gefahren können indes die Gesellschafter dadurch vorbeugen, daß sie im Gesellschaftsvertrage besondere Vereinbarungen darüber treffen, in welcher Art die Geschäftsführung im Falle der hier in Rede stehenden Entziehung weiterhin unter den übrigen Gesellschaftern verteilt werden soll. Insbesondere wird zweckmäßigerweise jegliche künftige Mitwirkung des Gesellschafters zu verbieten sein, selbst für den Fall, daß die Gesellschaft gekündigt wird, wodurch ja zwecks Auseinandersetzung die Kollektivgeschäftsführung an sich Platz greifen würde. (§ 730, Abs. 2, B. G. B.) Solche Vereinbarungen sind unbedingt für zulässig zu erachten, da § 712 in dieser Hinsicht keine zwingenden Rechtsnormen enthält. Nicht hingegen dürfte es angängig sein, daß das Entziehungsrecht vertraglich völlig ausgeschlossen wird. Hierdurch wären die übrigen Gesellschafter auf Gnade und Ungnade in die Hand des geschäftsführenden gegeben, wenigstens soweit dessen Wirkungskreis reicht. Es liegt im Wesen der Gesellschaft begründet, daß allseitiges Vertrauen die Mitglieder untereinander verbindet, und es muß die Möglichkeit offen bleiben, bei Fortfall dieser Voraussetzung auch die daraus gezogenen Folgerungen zu modifizieren. Um dieses Ziel zu erreichen, ist keineswegs immer völlige Auflösung des ganzen Verhältnisses erforderlich; es genügt, den geschäftsführenden Gesellschafter von dem Posten zu entfernen, für den er untauglich geworden ist. Als Mitgesellschafter kann er trotzdem den übrigen Sozien höchst willkommen sein, was insbesondere dann der Fall sein wird, wenn ihm seine Befugnis aus unverschuldeten Gründen entzogen werden mußte. Mit vollem Recht wird allseitig darauf hiegewiesen, daß der völlige Verzicht auf das Entziehungsrecht gegen die guten Sitten verstoßen würde, und daß aus diesem Grunde eine dementsprechende Bestimmung nichtig wäre.[1]) Allerdings ensteht in solchen Fällen die Schwierigkeit, ob hierdurch nicht der ganze Gesellschaftsvertrag hinfällig wird, da doch ein Teil desselben der Rechtsgültigkeit entbehrt. (§ 139 B. G. B.) Die Entscheidung über diese Frage hängt davon ab, ob anzunehmen ist, daß die Gesellschaft bei Kenntnis der wahren Rechtslage von den Gesellschaftern nicht eingegangen worden wäre. Es ist selbstverständlich, daß das Urteil hierüber nicht ausschließlich in das Belieben des geschäftsführenden

[1]) § 138 B. G. B.; vergl. u. a. Planck, § 712, Anm. 2, S. 743; Oertmann, § 712, Anm. 2e, S. 773; Staudinger, § 712, II 6, S. 617.

Gesellschafters gestellt werden kann, vielmehr hat eine objektive Prüfung darüber stattzufinden, wie die Stimmung sämtlicher Gesellschafter bei Eingehung des Vertrages in dieser Hinsicht gewesen ist. Die damals stattgehabten Verhandlungen werden meist eine klare Antwort darauf geben, ob jene nichtige Bestimmung für das Zustandekommen des Vertrages den Ausschlag gegeben hat. Hat eine besondere Diskussion über diesen Punkt überhaupt nicht stattgefunden, so dürfte es allerdings schwer sein, die Behauptung des mißliebigen geschäftsführenden Sozius zu widerlegen, daß er nämlich den Vertrag ohne unbedingte Sicherung seines Amts nicht abgeschlossen haben würde. Oftmals wird hier der Richter das letzte Wort zu sprechen haben, dessen Entscheidung jedoch wiederum nur deklaratorische Kraft beizumessen sein dürfte.

Während nach dem Gesagten eine völlige Ausschließung des gesetzlichen Entziehungsrechtes nicht anerkannt werden kann, ist eine gewisse vertragliche Modifizierung desselben nicht für unzulässig zu erachten. So können sich die Gesellschafter von vornherein darüber schlüssig werden, welche Gründe wichtig genug sind, um die bisherige Verteilung der Geschäftsführung zu ändern, und welche Tatbestände anderseits diese Kraft nicht besitzen sollen. Gerade jene negative Seite wird einer besonderen Aufmerksamkeit wert sein, aber auch hier ist der Vertragsfreiheit eine Schranke gesetzt, die im Wesen der Gesellschaft und den Normen der guten Sitten ihre Grundlage hat. Nichtig wird insbesondere eine Bestimmung sein, durch die das in Rede stehende Recht eingeschränkt wird, bei offensichtlich grober Vertrauensverletzung gegen den betreffenden geschäftsführenden Gesellschafter vorzugehen. Aber nur die Einschränkung, nicht auch eine Verschärfung des Entziehungsrechtes kann den Gesellschaftern verwehrt werden. Sie können allen an sich noch so belanglosen Vorkommnissen vertraglich den Stempel der Wichtigkeit aufprägen, und widerspruchslos hat sich dann später der geschäftsführende Gesellschafter zu fügen. Ob es ratsam sein wird, im Gesellschaftskontrakte kasuistisch die Entziehungsgründe zu regeln, erscheint uns zum mindesten zweifelhaft. Es ist immer mißlich, in Sachen des Vertrauens die Möglichkeit überhaupt ins Auge zu fassen, daß dieses Vertrauen einmal gebrochen werden könnte, wird doch gerade hierdurch oftmals vorzeitig eine unerquickliche Spannung hervorgerufen, die sich, unbeschadet späterer Rechte, leicht hätte vermeiden lassen. Solche Erwägung rechtfertigen es u. E. trotzdem nicht, den Gesellschaftern in dieser Hinsicht zwingende Rechtsschranken zu setzen.[1])

[1]) Vergl. Oertmann, Planck a. a. O. Wie Planck zutreffend bemerkt, scheint Staudinger a. a. O. für völlige Unzulässigkeit der vertraglichen Modifizierung des Entziehungsrechtes zu sein. Diese Auffassung ist jedoch u. E. sachlich nicht begründet.

3. Kündigung durch den geschäftsführenden Gesellschafter.

Der mit der Geschäftsführung vertraglich besonders betraute Gesellschafter kann auch seinerseits dieses Verhältnis kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.[1]) Insoweit ist er den anderen Gesellschaftern gegenüber geradeso gestellt, wie diese ihm gegenüber. Eine wesentliche Einschränkung hingegen erfährt sein Kündigungsrecht dadurch, daß es an ganz bestimmte Zeitumstände gebunden ist. Wie bei der Mehrzahl der sonstigen Rechte des geschäftsführenden Gesellschafters hat das Gesetz auch hier die Parallele zum Auftrag gezogen, indem es die entsprechenden Vorschriften dieser Vertragstype für analog anwendbar erklärt. (§ 712, Abs. 2, § 671, Abs. 2 u. 3.) Hiernach darf der Beauftragte nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Geschäftsführung anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für unzeitige Kündigung vorliegt. (§ 671, Abs. 2, Satz 1, B. G. B.) Es ist u. E. nicht ohne weiteres ersichtlich, ob diese Vorschrift überhaupt in vollem Umfange entsprechende Anwendung auf die Kündigung der Geschäftsführung finden kann. Denn während sich der Auftraggeber, dem sein Vertragsgegner kündigt, erst nach einer neuen Kraft umsehen muß, ist der Rechtszustand für die Gesellschaft in dieser Hinsicht geregelt, da durch die Kündigung in gleicher Weise wie durch Entziehung die vertragliche Sonderregelung der Geschäftsführung völlig aufgehoben wird und nunmehr Kollektivgeschäftsführung eintritt.[2]) „Anderweite" Fürsorge kommt also hier kaum in Frage, allerdings kann eine zeitweise Verhinderung der übrigen Gesellschafter, die unvermutet zur Verwaltungstätigkeit herangezogen werden, vorliegen, und muß von dem bisherigen Geschäftsführer berücksichtigt werden. Nicht hingegen braucht er seine Kündigung hintanzuhalten, wenn einer der übrigen Gesellschafter überhaupt völlig untauglich ist, sich an den Geschäften aktiv zu beteiligen, denn dadurch wäre das Kündigungsrecht praktisch gegenstandslos geworden, und dem geschäftsführenden Gesellschafter wären die Hände in jeder Weise gebunden. Dieses widerspräche aber dem Willen des Gesetzes, das die Lösung des ver-

[1]) § 712, Abs. 2, B. G. B., ergibt durch die gewählte Fassung: „Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen," daß hier der gleiche Tatbestand wie im ersten Absatz zu Grunde gelegt ist. Wie wir unter 2 ausführlich dargetan haben, handelt es sich vorliegend nur um die übertragene Geschäftsführung; diese kann also auch allein für die Kündigung in Betracht kommen.

Für den zwischen beiden Absätzen des zit. Paragraphen in dieser Hinsicht bestehenden inneren Zusammenhang siehe im Gegensatz zur 5. und 6. Auflage von Staub insbesondere S. Goldmann, § 117, Anm. 13, Abs. 2, S. 523.

[2]) Es ist wohl unbestritten, daß die Wirkungen der Entziehung und der Kündigung der Geschäftsführung auf die Verteilung der Geschäftsführung dieselben sind. Vergl. Oertmann, § 712, Anm. 4, S. 773; Planck, § 712d, 3.

traglichen Verhältnisses grundsätzlich zuläßt. Praktisch wird sich die Sache so gestalten, daß die Gesellschafter, falls Kollektivgeschäftsführung untunlich erscheint, eine neue vertragliche Verteilung vornehmen, doch wird man bis zur endgültigen Erledigung dieser Frage den geschäftsführenden Gesellschafter nicht zur Fortführung der Geschäfte zwingen können, denn diese neue Uebertragung ist nicht als „ander"weite Fürsorge aufzufassen, geht vielmehr über diesen Begriff weit hinaus. Nur die durch die Kündigung geschaffene Kollektivgeschäftsführung braucht der geschäftsführende Gesellschafter ins Auge zu fassen, und nur soweit innerhalb dieser zeitweise Stockungen zu gewärtigen sind, ist sein Kündigungsrecht suspendiert; ob die Gesellschaft in dieser Weise überhaupt lebensfähig ist, darum braucht er sich nicht zu kümmern. Rechtlich bleibt der Verwaltungsapparat ja gesichert, und es wird im gemeinmeinsamen Interesse aller Gesellschafter liegen, falls sich diese gesetzlich eintretende „anderweite Fürsorge" als unzureichend erweist, passende Aenderungen zu treffen.

Eine bedeutende Einschränkung kann das hier in Rede stehende Recht dann erfahren, wenn eintretendenfalls eine Sonderregelung der Geschäftsführung vorgesehen ist. Ist z. B. vereinbart, daß dritte Personen im Falle der Kündigung zu jenem Amte hinzugezogen werden sollen, so darf der geschäftsführende Gesellschafter seine Tätigkeit erst dann einstellen, wenn die Verhandlungen mit diesen Personen erfolgreich beendet sind. Er muß überhaupt in allen derartigen Fällen so lange warten, bis eine anderweit vorgesehene Fürsorge zum definitiven Abschluß gelangt ist, wobei er indes wiederum keine Rücksicht zu nehmen braucht, ob der neue Organismus nun auch wirklich funktioniert.

Völlig freie Hand, seine Tätigkeit einzustellen, hat der geschäftsführende Gesellschafter dann, wenn ein wichtiger Grund zur unzeitigen Kündigung vorliegt (§§ 712, 671, Abs. 2, Satz 2, B. G. B.), also in all den Fällen, in denen ihm eine Weiterführung der Geschäfte schlechterdings nicht mehr zugemutet werden kann. Er braucht dann nicht erst abzuwarten, bis für ihn Ersatz geschaffen worden ist, sondern darf, mag dies noch so schadenbringend für die Gesamtheit sein, seinen Posten verlassen. Es ist zu beachten, daß der wichtige Grund gerade für die sofortige Aufgabe der Stellung gegeben sein muß, woraus folgt, daß eine doppelte Prüfung stattzufinden hat: Einmal, ob eine Veranlassung zur Kündigung überhaupt vorliegt, und sodann, ob diese Veranlassung geeignet ist, eine sofortige Trennung herbeizuführen.[1]) Wann Kündigungsgründe diesen Voraussetzungen entsprechen, ist Tatfrage; eine allgemeine Regel wird sich in dieser Hinsicht schwer aufstellen lassen, wie ja auch

[1]) Oertmann, § 712, Anm. 3, Abs. 2, S. 773, § 671, 1 β, S. 707; Staudinger, § 712, III, 1b, S. 617; Dernburg, § 358, III, 2e, S. 618.

das Gesetz selbst auf jegliche Kasuistik verzichtet. Immerhin wird man generell eine unzeitige Kündigung stets in solchen Fällen zulassen müssen, wenn das gegenseitige Vertrauensverhältnis durch die übrigen Gesellschafter wesentlich erschüttert worden ist, oder wenn der geschäftsführende Gesellschafter durch persönliche Kränkungen in seiner Arbeitsfreudigkeit beeinträchtigt wird. Auch dann dürfte ein gleiches Vorgehen des geschäftsführenden Gesellschafters gerechtfertigt sein, wenn er durch körperliche oder geistige Gebresten seinem Amte fürderhin nicht mehr gewachsen ist; also bei Zufällen, die lediglich in seiner Person liegen, ohne daß die Mitgesellschafter dabei ein Vorwurf treffen könnte. Wenn auch zahlreiche Tatbestände denkbar sind, die zur unzeitigen Kündigung begründeten Anlaß geben, so bleibt ihr Kreis doch wesentlich beschränkt im Vergleich zu den Fällen, die zur Kündigung überhaupt berechtigen.

Mannigfaltiger Art können hier die Gründe sein, die als wichtig angesprochen werden müssen. Und es kann bezüglich ihrer alles das in Bezug genommen werden, was über die unter 2 behandelten Entziehungsgründe angeführt worden ist. Gleichgültig ist hierbei, ob der Grund vom geschäftsführenden Gesellschafter schuldhaft verursacht worden ist. So wird er beispielsweise auch dann kündigen können, wenn er sich einer groben Pflichtverletzung versehen hat, wegen derer ihm sein Amt von den übrigen Gesellschaftern aus diesem oder jenem Grunde nicht entzogen worden ist. Die durch jene Verfehlung geschaffene Lage kann für den Delinquenten so unerträglich werden, daß dieser Zustand unbedingt als ein wichtiger Grund zur Lösung seiner Verpflichtungen angesehen werden muß. Wir sind uns bewußt, mit dieser Auffassung weitgehende Konzessionen an die Rechtsauslegung zu machen, doch setzt uns die Fassung des Gesetzes in dieser Hinsicht keine Schranken, und wir halten uns für befugt, die Rechte, die die Gesellschaft als Vertrauensverhältnis ihren Mitgliedern nun einmal zubilligt, auch solchen zu gewähren, die sich dieses Vertrauens unwürdig gezeigt haben, so lange wenigstens, als sie aus dem Verbande nicht überhaupt ausgestoßen sind.

Neben den erwähnten körperlichen und moralischen Kündigungsgründen dürften in der Praxis insbesondere pekuniäre Rücksichten für den geschäftsführenden Gesellschafter eine Lösung seiner Verpflichtungen oftmals wünschenswert erscheinen lassen. Auch in dieser Beziehung wird man sein Recht nicht einschränken dürfen. Zwar steht, wenn sich dem geschäftsführenden Gesellschafter eine finanzielle Erwerbsquelle bietet[1]) und dadurch seine Arbeitskraft völlig aufgebraucht würde, dies mit seiner Tätigkeit als Geschäftsführer nur in losem Zusammenhang; es ist gewissermaßen ein von

[1]) Dernburg, S. 618, e; Knoke, S. 67.

außen kommendes Moment, während die bisher angeführten Gründe in der Sache selbst wurzeln. Aber für die Person des Gesellschafters selbst ist jenes Moment von gleicher Bedeutung, und es liegt kein Anlaß vor, auch lediglich persönliche Gründe, die mit seiner Qualität als Geschäftsführer nichts zu tun haben, für erheblich zu erachten, ihn von seiner Stellung zu entbinden. Man wird deshalb u. E. dem Kreis der Kündigungsgründe einen geradezu unbegrenzten Umfang zumessen müssen und dem geschäftsführenden Gesellschafter stets dann Befreiung zubilligen dürfen, wenn irgend eine Voraussetzung, unter der er sein Amt angetreten hat, später wegfällt und anzunehmen ist, daß er bei solcher Sachlage den Uebernahmevertrag nicht eingegangen wäre. Man wird sich dieser allerdings sehr weitgehenden Auslegung nicht entziehen können, wenn man bedenkt, daß doch umgekehrt auch die Entziehungsgründe die umfassendste Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaft (als Gegenkontrahentin) nehmen, und ein gleiches kann anderseits der Gesellschafter für sich verlangen, der gleichsam den übrigen als Vertragsgegner gegenübersteht. Wollen die Gesellschafter sich gegen eine ihnen zu weitgehende Kündigungsmöglichkeit sichern, so können sie vertraglich den Umfang der wichtigen Gründe gerade so beschränken, wie ihnen dies hinsichtlich der Entziehungsgründe zuzubilligen war.

Erfolgt die Kündigung ohne wichtigen Grund, so ist sie in gleicher Weise unwirksam wie eine entsprechende Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Weder Komentare noch Lehrbücher behandeln, soweit ersichtlich, diese Frage der grundlosen Kündigung. Man wird aber in Analogie der unbestrittenen Rechtsauffassung hinsichtlich einer unbegründeten Entziehung der Geschäftsbefugnis zu der von uns vertretenen Ansicht gelangen müssen, denn die gesetzliche Ausdrucksweise ist in beiden Fällen gleich kategorisch. Allerdings wird einem widerspenstigen Geschäftsführer gegenüber nicht viel zu machen sein, da ja Zwangsmaßregeln, durch die er zur Ausübung seiner Pflichten angehalten werden könnte, unzulässig sind (§ 888, Abs. 2, Z. P. O.; vergl. das über gerichtliche Geltendmachung Gesagte), und die übrigen Gesellschafter sind letzten Endes auf eine Interessenklage angewiesen (§ 893 Z. P. O.).

Mangelt es hingegen nur bezüglich der Unzeitigkeit der Kündigung an einem wichtigen Grunde, so ist die trotzdem erfolgte Willenserklärung nicht unwirksam, sondern begründet für die übrigen Gesellschafter lediglich einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den geschäftsführenden Sozius (§ 712, Abs. 2, § 671, Abs. 2, Satz 2.).[1])

Die Kündigung selbst stellt sich rechtlich als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar; sie hat gegenüber allen

[1]) Knoke, S. 67; Oertmann, § 671, 1, Anm. 1 β, S. 707; Planck, § 671, 4, S. 670.

Gesellschaftern zu erfolgen,[1]) doch ist jeder einzelne berechtigt, ihre Wirksamkeit zu bestreiten.

Ein Verzicht auf die Kündigung ist unwirksam; es folgt dies nicht nur aus der Erwägung, daß der Ergebnis einer gegenteiligen Annahme gegen die guten Sitten verstoßen oder dem Zwecke des Rechtes zuwiderlaufen würde.[2]) Vielmehr ist der Verzicht durch unzweideutige Rechtsvorschrift überhaupt für unstatthaft erklärt, wie sich aus der Verweisung auf § 671, Abs. 3, B. G. B. zur Evidenz ergibt.[3]) Hiernach ist der Beauftragte zur Kündigung trotz Verzichtes berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein derartiger Grund ist nun für die Kündigung der Geschäftsführung stets erforderlich, so daß also in allen Fällen, in denen die Ausübung des Rechtes überhaupt zulässig ist, ein etwaiger Verzicht wirkungslos wäre. Dies ist aber gleichbedeutend, als ob der Verzicht ausdrücklich für unstatthaft erklärt wäre.

C. Schlusswort.

Wir stehen am Ende unserer Abhandlung, deren Ziel es war, ein Bild von der Rechtsstellung des geschäftsführenden Gesellschafters zu geben. Hierbei erachteten wir es für unsere vornehmste Aufgabe, die praktischen Ergebnisse der in Betracht kommenden Gesetzesvorschriften bis in die letzten Einzelheiten zu verfolgen, und zwar ganz besonders bezüglich solcher Fragen, die bisher in der Literatur noch keine eingehende Berücksichtigung gefunden haben. Dies war meist da der Fall, wo Auftragsbestimmungen zur entsprechenden Anwendung zu bringen waren. Wie weit Analogie überhaupt möglich ist, hängt nicht selten von dem juristischen Empfinden des einzelnen ab; zwingende Rechtsnormen lassen sich in dieser Hinsicht nicht aufstellen. Auch die vorliegende Studie will deshalb keineswegs den Anspruch auf unbedingte Richtigkeit erheben, sie bleibt vielmehr in vielen Fällen ein bloßer Versuch, vielleicht nicht selten ein solcher mit untauglichen Mitteln. Aber eines haben wir uns bei unserer Arbeit stets vor Augen gehalten. Das möchten wir zum Schlusse nicht unerwähnt lassen. Es ist folgendes: Wohl ist das Gesellschaftsrecht und insbesondere die Rechtsbeziehungen des geschäftsführenden Gesellschafters in weitgehendstem Maße der willkürlichen Abänderung durch die Vertragschließenden unterworfen. Aber dies soll doch die unwiderlegbare Aufgabe eines jeden nach

[1]) Planck, Oertmann, Staudinger a. a. O.; S. Goldmann, § 117, Anm. 17, S. 524.
[2]) So Planck, § 712, Anm. 3 und 2; Knoke, S. 67.
[3]) Zutreffend Goldmann-Lilienthal, S. 752, Anm. 65.

unveränderten Gesetzesvorschriften gebildeten Rechtsinstituts sein: es muß seinem Zwecke gerecht werden wie nur irgend möglich; die Parteien müssen sich darauf verlassen können, daß das Gesetz ihnen ein planvolles, brauchbares Rechtsgebilde schafft. Auch rechtsunkundige Menschen müssen dem Gesetz vertrauen können; gerade ihnen haben wir deshalb bei der Interpretation Rechnung zu tragen. Nicht eindringlich genug kann auf die Notwendigkeit einer weitherzigen Rechtsauslegung hingewiesen werden, zumal in der heutigen Zeit, wo Gesetzesparagraphen und Präjudizienkult alle Verhältnisse zu umgürten scheinen.

Kein geringerer als der größten Rechtbildner einer, der jüngstverstorbene Heinrich Dernburg, hat Zeit seines Lebens diese befreiende Botschaft gepredigt. Er, der sich in der Vorrede zum deutschen Familienrecht selbst das schönste Denkmal gesetzt hat, indem er sagt: „Nicht bloß mit dem Rüstzeug der juristischen Logik habe ich gearbeitet. Wer das deutsche Familienrecht behandelt, muß auch mit warmem Herzen an den Gegenstand herantreten.“ Was er hier für die beschränkte Materie des Familienrechts sagt, das hat er sich für seine gesamte juristische Tätigkeit überhaupt zum Leitstern genommen; wir dürfen es als das Bekenntnis seines Lebens betrachten. Und wenn uns dieses stolze Losungswort des Mannes, der drei Rechte meisterte, erhalten bleibt und als unverlierbare Wahrheit dem nachgeborenen Geschlecht in Fleisch und Blut übergeht, dann werden wir deutschen Juristen uns auf Generationen hinaus Dernburgs Schüler nennen dürfen.

Literaturverzeichnis.

Cosack. C. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Aufl. 4. 1903.

Crome. C. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1902.

Dernburg. H. Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Schuldverhältnisse, Aufl. 3. 1906.

Endemann. Fr. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Aufl. 8. 1903.

Fischer-Henle. Bürgerliches Gesetzbuch; Handausgabe mit Anmerkungen. In Verbindung mit E. Ebert und H. Schneider herausgegeben von O. Fischer und W. Henle, Aufl. 6. 1904.

Gierke. O. Gierke, Die Genossenschaftstheorie. 1883.

Derselbe, Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 114ff.

Goldmann-Lilienthal. E. Goldmann und L. Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Aufl. 2. 1903.

Goldmann. S. Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1879, Bd. II. 1905.

Gorski. A. v. Gorski, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. 1888.

J. W. Juristische Wochenschrift.

Knoke. P. Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.

Krech. Fritz Krech, Die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden. Diss. Greifswald 1901.

Landsberg. E. Landsberg, Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.

Lehmann-Ring. E. Lehmann und V. Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 3. Teil. 1903.

Makower. H. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. I, Aufl. 13. 1906.

Mot. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II. 1888.

Oertmann. Paul Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Aufl. 2. 1906.

Planck. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, erläutert von G. Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Rietgen, Strecker, Strohal, Unzner. Aufl. 3. 1903 ff.

Puchelt. Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von Ernst Sigismund Puchelt, Aufl. 4, Bd. I, bearbeitet von R. Foertsch. 1894.

R. G. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Schollmeyer. Fr. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Aufl. 2. 1504.

Stapenhorst. U. Stapenhorst, Geschäftsführung und Vertretungsmacht bei der Gesellschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Greifswald 1901.

Staub. Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses von H. Königs, J. Stranz und A. Pinner, Bd. I, Aufl. 1. 1906.

Staudinger. I. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2, Bd. I. 1905/06.

Weyl. Richard Weyl, System der Verschuldensbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. 1905.